Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miterben

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Georg Riderlin

aus München

Rechtspraktikant am Kgl. Landgericht München I.

ACAD. LIBRARY

Approbiert am 18. Oktober 1909.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

117

Referent: Univ.-Prof. Dr. Binder

Inhaltsverzeichnis.

Erster Abschnitt.

Seite

§ 1. Geschichtliche Einleitung 1

Zweiter Abschnitt.

Zweck und Rechtsnatur des Vorkaufsrechts des Miterben.

§ 2. Zweck des Vorkaufsrechts des Miterben 5
§ 3. Begriff und Wesen des Vorkaufsrechts im allgemeinen 8
§ 4. Wesen des Vorkaufsrechts des Miterben im besonderen 15

Dritter Abschnitt.

Das Vorkaufsrecht des Miterben.

§ 5. Voraussetzungen für die Entstehung und für die Ausübung des Vorkaufsrechts des Miterben 18
§ 6. Berechtigte und Verpflichtete sowie deren Rechte und Pflichten bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts 29
§ 7. Ausübung des Vorkaufsrechts des Miterben 36
§ 8. Wirkung der Ausübung des Vorkaufsrechts des Miterben 41
§ 9. Endigung des Vorkaufsrechts des Miterben 55

Vierter Abschnitt.

§ 10. Durchführung des Vorkaufsrechts des Miterben im Prozesse . . . 58

Literaturverzeichnis.

Die fettgedruckten Worte geben die Zitierweise an.

Affolter, Wesen und Arten der objektiven Rechtsverhältnisse im römischen Rechte und im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. In Grünhuts Zeitschrift für privates und öffentliches Recht der Gegenwart 1909 Bd. 36 Heft 3 u. 4.

Aron, Steht einem Miterben das gesetzliche Verkaufsrecht hinsichtlich eines an einen Dritten verkauften Erbanteils zu, wenn die übrigen Miterben auf die Ausübung desselben verzichtet haben? In der Juristischen Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen 29. Jahrg. Heft 12 1904.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1901—1903.

Borcherdt, Erbrecht und Nachlaßbehandlung. 1901.

Barthelmeß, Bayer. Gesetz betr. das Nachlaßwesen. Kommentar. 1906.

Corpus iuris civilis.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903/04.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. 1902.

Denkschr. zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1896.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. 1905.

Dernburg, Pandekten. 6. Aufl. 1900.

EFG. = Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt vom Reichsjustizamt.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6. Aufl. 1899/1900.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. 4. Aufl. 1906.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. 1901.

Erdmann, Das Miterbenverhältnis im Bürgerlichen Gesetzbuch. Erlanger Diss. 1899.

Fischer-Henle. Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. 1906.

Frommhold, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1900.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung. Kommentar. 8. u. 9. Aufl. 1906.

Gierke, Deutsches Privatrecht. 1895.

Giesel, Das persönliche Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Greifswalder Diss. 1904.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. 2. Aufl. 1900.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Aufl. 1902.

Jäger, Das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht. Tübinger Diss. 1893.

Jaeger, KO. = Die Konkursordnung. Kommentar. 1902.

Immerwahr, Das dingliche Vorkaufsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 40, 2. Folge 4. 1899.

Katz, Zur Lehre vom Vorkaufsrecht. Erlanger Diss. 1898.

Köppen, Römisches Erbrecht. 1895.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 1906.

Kreß, Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1903.

Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des preuß. allgem. Landrechts. 1. u. 2. Aufl. 1903.
Landsberg, Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1904.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. 1900.
Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1904.
Mot. zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1896.
ObLG. = Sammlung von Entscheidungen des bayer. Obersten Landesgerichts in Zivilsachen, neue Folge.
OLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Falkmann u. Mugdan.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1906.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. 1907/08.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1899.
Reatz, Die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches unter Gegenüberstellung der 1. Lesung. 1894.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Strafsachen), herausgegeben von Mitgliedern des Gerichtshofs.
Reuß, Vergleichung des persönlichen und dinglichen Vorkaufsrechts. Rostocker Diss. 1902.
Schmige, Das Vorkaufsrecht des Miterben. Leipziger Diss. Borna-Leipzig. 1904.
Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche. 2. Aufl. 1904.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 4. Aufl. 1902.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 3. Aufl. 1906—1908, Bd. 5 2. Aufl. 1906.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. 3. Aufl. 1904.
Seufferts Archiv. Bd. 59. 1904.
Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren. 1900.
Wendt, Verfügungen über Erbschaftsanteile. Im Archiv für die zivilistische Praxis 1899 Bd. 89.
Wilke, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Kommentar in Anmerkungen. Herausgeg. von Wilke, Reatz, Koffka u. Neumann. 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1901.
Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs **(Gutachtl. Äußer.)**, herausgegeben vom Reichsjustizamt 1896.

Erster Abschnitt.

§ 1.

Geschichtliche Einleitung.

Sind mehrere, sei es kraft Gesetzes, sei es durch Verfügung von Todes wegen, zu Erben berufen, so entsteht unter ihnen bis zu dem Augenblick, wo die einzelnen Nachlaßgegenstände unter sie verteilt sind, eine Gemeinschaft. Je nach der verschiedenen Auffassung, die das römische und das ältere deutsche Recht dieser Gemeinschaft zugrunde legten, finden wir die Rechtsverhältnisse der „Miterben" in beiden Rechten verschieden geregelt und finden verschiedenartige Bestimmungen über ein Vorzugsrecht[1]) des Miterben.

Dem römischen Recht war das Institut des Vorkaufsrechts — ius protimiseos — keineswegs fremd, weder des vertraglichen[2]) noch des gesetzlichen.[3]) Wie weit dagegen ein gesetzliches Vorkaufsrecht des Miterben sich in römischen Rechtsquellen finde, ist bestritten. Unseres Erachtens erhellt aber aus der sogen. lex Dudum (l. 6 C. Theod. 3, 1) mit genügender Deutlichkeit, daß in den älteren Zeiten Roms ein gesetzliches Vorkaufsrecht des Miterben bestand. Das genannte Gesetz beginnt nämlich: „Ehedem war es für ‚proximi consortesque' gestattet, Fremde am Kaufe zu hindern, so daß die Menschen nicht nach Willkür kaufen konnten, was ihnen feil war". Daß unter die consortes, d. h. „die in Gemeinschaft Lebenden", auch die Miterben fallen, wird kaum bezweifelt werden können.[4]) Dagegen behaupten Jäger[5]) und mit ihm Giesel[6])

---

[1]) Unter diesem Sammelnamen sei sowohl das römische Institut des Vorkaufsrechtes wie das deutschrechtliche Revokations- und Retraktrecht inbegriffen und darunter die Befugnis verstanden, eine Veräußerung von Erbteilen oder Erbstücken an Fremde zu verhindern.

[2]) l. 122 § 3 D. de verb. obl. 45, 1; l. 75 D. de contr. empt. 18, 1 u. a.

[3]) Vorkaufsrecht des Eigentümers der Emphyteuse l. 3 C. de iure empt. 4, 66; des Gläubigers und der Verwandten im Konkurs l. 16 D. de reb. auct. jud. poss. 42, 5; des ersten Käufers l. 6—8 D. de in diem add. 18, 2; des Fiskus l. 1 C. de metall. 11, 7.

[4]) Ebenso Schmige S. 2; Jäger S. 11.

[5]) S. 12.

[6]) S. 18.

und Schmige,[1]) allerdings ohne nähere Begründung, man dürfe hierin nicht ein Vorkaufsrecht, sondern eine dem deutschrechtlichen Retraktrecht verwandte Befugnis erblicken. Die Fassung der angeführten Gesetzesstelle ist aber unseres Erachtens zu unbestimmt, um einen sicheren Schluß auf die Natur dieses Rechts ziehen zu dürfen.[2])

Zweifellos aber ist, daß dieses altrömische Recht, in dem wir ein gesetzliches Vorkaufsrecht des Miterben enthalten sehen, in der lex Dudum nicht, wie aus Schmige zu entnehmen wäre, festgelegt ist, sondern durch sie ausdrücklich aufgehoben wird. Denn die Gesetzgeber[3]) fahren fort: „Weil aber dieses als ein großes Unrecht erscheint, welches von einem leeren Schein der Schicklichkeit verhüllt ist . . ., so heben wir das alte Recht auf und soll jeder nach Willkür sich einen Käufer suchen oder genehmigen". Justinian hat die lex Dudum unverändert in den Codex (l. 14 C. de contrah. empt. 4, 38), aber mit dem Zusatz übernommen: „Es sei denn, daß ein Gesetz solches gewissen Personen untersagte". Die justinianische Kodifikation hat demnach ein gesetzliches Vorkaufsrecht des Miterben verworfen, was bei der losen Gemeinschaft der coheredes[4]) begreiflich war, und die Miterben, die sich ein Vorzugsrecht an den Nachlaßgegenständen sichern wollten, auf den Weg des Vertrags (l. 122 § 3 D. de verb. obl. 45, 1) verwiesen.

Anders das alte deutsche Recht. Hier sehen wir unter den Miterben ein eng bindendes Rechtsverhältnis, das der „gesamten Hand" entstehen, zunächst nur als eine nach dem Tode des Hausvaters unter Brüdern fortgesetzte Gütergemeinschaft auftretend, später aber auch andere gleichberechtigte Miterben (ganerben) mitumfassend.[5]) Hierbei finden wir verschiedenartige Rechtssätze, die den Miterben ermöglichen, gewisse Güter in ihrem Kreise zu erhalten.

Das älteste dieser Rechte war das Beispruchsrecht (Revokationsrecht), das die Befugnis gewährte, dem fremden Erwerber eines Erbgutes dieses ohne Ersatzleistung wieder wegzunehmen; so noch nach Sachsenſp. I, 52 § 1. In jüngeren Rechtsquellen findet sich das Recht dahin abgeschwächt, daß der Miterbe nur noch gegen

---

[1]) a. a. O.

[2]) So auch Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 261 Anm. 15.

[3]) Die Kaiser Gratian, Valentinian u. Theodosius 391 n. Chr.

[4]) An den hinterlassenen Eigentums-, emphyteutischen und superfiziarischen Rechten entstand Gemeinschaft nach Quoten; Forderungen auf teilbare Leistungen wurden ipso iure unter die mehreren Erben verteilt, und nur bei unteilbaren Obligationen trat eine Gemeinschaft ohne Teile ein; vgl. Köppen S. 222.

[5]) vgl. Gierke Bd. 1 S. 665.

Ersatz des gezahlten Kaufpreises das verkaufte Gut sich aneignen konnte; dieser Anspruch wurde als abschüten, später auch als lösunge bezeichnet[1]) und gehört zu den sogen. Retrakt- oder Näherrechten. Die Natur dieser Rechte ist sehr bestritten.[2]) Ihr dinglicher Charakter[3]) und ihre Gültigkeit nur insoweit, als Grundbesitz in Frage kam, dürfte aber feststehen.

Im gemeinen Rechte wurden die Begriffe der römischen und dentschen Erbengemeinschaft einerseits, des römischen Vorkaufsrechts und des deutschen Retrakts andrerseits miteinander verschmolzen. Das Vorzugsrecht der Miterben tritt infolgedessen bald in Anlehnung an deutsche, bald an römische Rechtsgedanken auf. Um den Rahmen der Aufgabe nicht zu überschreiten, sei nur erwähnt, daß das preuß. ALR. I, 17 §§ 61, 65 und der code civil art. 841 ein gesetzliches Vorkaufsrecht des Miterben enthalten. Von Bedeutung ist, daß während sonst fast alle gesetzlichen Näherrechte in Deutschland als schädlich[4]) abgeschafft wurden, das Vorkaufsrecht der Gemeinschafter — und sohin auch der Miterben — ausdrücklich durch Gesetz aufrechterhalten blieb.[5])

Ein den Miterben des Anerben zustehendes Vorkaufsrecht, wie es Preußen durch Gesetz v. 8. 6. 1896 schuf, sollte ursprünglich auch in das Bürgerliche Gesetzbuch übernommen werden, die reichsgesetzliche Regelung unterblieb aber aus prinzipiellen Bedenken;[6]) doch wurden die landesgesetzlichen Vorschriften hierüber nach Art. 64 EG. z. BGB. aufrechterhalten.

Wie wir somit sehen, stand die deutsche Gesetzgebung dem Gedanken eines gesetzlichen Vorkaufsrechts des Miterben durchweg günstig gegenüber. Dieser Auffassung hat sich auch das Bürgerliche Gesetzbuch angeschlossen. In dem 1. Entw. des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden wir allerdings ein gesetzliches Vorkaufsrecht des Miterben noch nicht vor;[7]) in der Kommission für den 2. Entw. herrschte dagegen über das Empfehlenswerte der Aufnahme dieses Rechts im wesentlichen Einverständnis; man berücksichtigte auch,

---

[1]) vgl. Schröder S. 722.
[2]) vgl. Katz S. 19ff.
[3]) And. M. Binder Bd. 3 S. 123.
[4]) Mot. Bd. 3 S. 447.
[5]) Preuß. Gesetz v. 2. 3. 1850 § 4: „Das durch Verträge oder letztwillige Verfügungen begründete Vorkaufsrecht an Immobilien, das Vorkaufsrecht derjenigen, die eine Sache gemeinsam zum vollen Eigentum besitzen, an den Anteilen sowie das Retraktrecht der Miterben nach dem rhein. Zivilgesetzbuch bleiben in Kraft". — Bayer. Landtagsabschied v. 10. 11. 1861 § 28 Nr. 2 gibt den Genossenschaftsteilhabern das Vorkaufsrecht an den Anteilen der Genossen, während es alle anderen Retrakte beseitigt; jetzt aufgehoben in Art. 175 Nr. 17 bayer. AG. z. BGB.
[6]) vgl. Prot. Bd. 5 S. 848 sub g, 857 f.
[7]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 345.

daß die hessische Regierung und das preußische Landesökonomiekollegium (Zusammenstellung der Gutachtlichen Äußerungen Bd. 5 S. 211) sich für das Vorkaufsrecht ausgesprochen hatten, und daß seitens der Kommission selbst bei der Bearbeitung der Gemeinschaft im Rechte der Schuldverhältnisse zwar die Aufnahme eines Vorkaufsrechts bei der gewöhnlichen Gemeinschaft abgelehnt, dabei aber anerkannt worden ist, daß die dort entscheidenden Gründe (Prot. Bd. 2 S. 746) für die Erbengemeinschaft nicht zutreffen möchten.[1]) Nur über die Art des Ausbaues dieses Rechts herrschten Meinungsverschiedenheiten; nachdem auch diese überwunden waren, wurde das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miterben in den §§ 2034—2037 als die Landesgesetzgebung ausschließendes[2]) Reichsrecht in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen.

---

[1]) vgl. Prot. Bd. 5 S. 840.
[2]) Art. 55 EG. z. BGB.

Zweiter Abschnitt.

Dieses gesetzliche Vorkaufsrecht des Miterben bildet den Gegenstand unserer Betrachtungen.

Bevor wir sein Wesen und seinen Ausbau näher erörtern wollen, erübrigt es wohl, in Kürze zu untersuchen, welche wirtschaftlichen und sozialen Zwecke das dem Miterben gegebene Vorkaufsrecht erfüllen soll. Kennen wir diese Zwecke, so werden wir die vom Gesetzgeber gewählte Ausgestaltung des Vorkaufsrechts um so leichter und richtiger zu würdigen verstehen.

§ 2.

Zweck des Vorkaufsrechts des Miterben.

Bei dieser Betrachtung leisten uns die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung sowie die Gutachtlichen Äußerungen eine wertvolle Unterstützung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat als Erbengemeinschaft das altgermanische Rechtsverhältnis der gesamten Hand übernommen. Darnach ist der Nachlaß bis zur Auseinandersetzung gemeinschaftliches Vermögen der Miterben (§ 2032 BGB.). Kein Miterbe kann über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen verfügen (§ 2033 Abs. 2 BGB.); ein solcher steht ihm überhaupt nicht zu.[1] Dagegen ist in Übereinstimmung mit dem preußischen Recht[2] jedem Miterben gestattet, über seinen der Erbquote entsprechenden Anteil am Nachlaßganzen zu verfügen[3] (§ 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB.).

Wie der Erbschaftskauf[4] bedarf aber der Vertrag, durch welchen der Miterbe über seinen Anteil verfügt, der gerichtlichen oder

---

[1] vgl. ObLG. Bd. 4 S. 389 ff.; ferner RG. Bd. 57 S. 432; ObLG. Bd. 4 S. 803; EJG. Bd. 4 S. 117 u. a. m.

[2] ALR. I, 17 §§ 4, 115.

[3] Denkschr. Bd. 5 Buch VIII S. 258.

[4] Des § 2371 BGB., der die obligatorische Verpflichtung des veräußernden Alleinerben auf Übertragung der einzelnen Erbschaftsgegenstände bezw. des veräußernden Miterben auf Übertragung des Erbteils begründet.

notariellen Beurkundung (§ 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Die Übertragung des Erbschaftsteils hat wie jede Verfügung dingliche Wirkung: Der Erwerber des Anteils tritt an die Stelle des Veräußerers in die Erbengemeinschaft ein.[1])

Mit der Verfügungsfreiheit des Miterben über seinen Anteil am Nachlaßganzen ist das Gesamthandprinzip durchbrochen. Die Protokolle[2]) sagen hierzu begründend: „Bei den sonstigen Rechtsverhältnissen, bei denen die Gemeinschaft zur gesamten Hand Aufnahme gefunden hat (Gesellschaft, eheliche Gütergemeinschaft),[3]) ist die Übertragung eines Anteils nicht zugelassen, und auch bei dem in Rede stehenden Verhältnis der Erbengemeinschaft sei die Frage nicht unzweifelhaft. Die Miterben treten bei der Erbengemeinschaft in ein persönliches Verhältnis, das den einzelnen der Gesamtheit unterordnet.[4]) Der einzelne Miterbe hat nicht, wie nach römischem Rechte, eine Anzahl selbständiger Vermögensrechte, vielmehr nur Mitgliederrechte in der Gemeinschaft. Das hindere jedoch nicht, daß die einzelnen aus der Mitgliedschaft sich ergebenden Rechte insgesamt durch einen einzelnen Akt übertragen werden könnten, welcher der Form nicht bedürfe, die für die einzelnen Übertragungen erforderlich sein würde. Für die Zulassung einer solchen einheitlichen dinglichen Verfügung über den Anteil sprächen bei der Erbengemeinschaft erhebliche Gründe: Die Erbengemeinschaft sei hier nicht wie bei der Gesellschaft oder der ehelichen Gütergemeinschaft auf die Dauer bestimmt, sondern vorübergehend und keine so enge wie bei der Ehe; die Zulässigkeit der Übertragung ermögliche dem einzelnen Erben eine Verwertung seines Anteils und mildere somit die Härten der Erbengemeinschaft.[5]) Gegen das Eindringen eines unwillkommenen Genossen biete das Vorkaufsrecht eine Abwehr".

Wir sehen, daß sich im Anschluß an die Gestaltung der Erbengemeinschaft durch das Bürgerliche Gesetzbuch als vornehmster Zweck unseres Vorkaufsrechts ergibt: es soll als ausgleichendes

---

[1]) vgl. ObLG. Bd. 5 S. 657, allerdings mit der aus § 2373 BGB. sich ergebenden Beschränkung.

[2]) Bd. 5 S. 838.

[3]) vgl. die §§ 719 Abs. 1, 1412, 1549, 1519 Abs. 2 BGB.

[4]) vgl. §§ 2038–2041.

[5]) Diese Vorteile erschienen der Kommission so erheblich, daß sie auch die anscheinende Inkonsequenz aufwögen, die darin erblickt werden könnte, daß der Universalerbe nicht imstande ist, über die ihm angefallene Erbschaft dinglich zu verfügen, während der Miterbe bezüglich seines Anteils dies kann und folgeweise auch die sämtlichen Miterben durch gleichartige Verfügungen über ihre Anteile mittelbar die ganze Erbschaft übertragen können. Ein Verkauf des Erbteils wird meist dann erfolgen, wenn der Miterbe zu einer solchen Verwertung durch entfernten Wohnsitz oder Geldbedürfnis gezwungen ist; vgl. Endemann Bd. 3 S. 482.

Moment dafür dienen, daß dem Miterben die Verfügungsbefugnis über seinen Anteil am Nachlaßganzen gewährt ist, und als solches das Eindringen eines lästigen Genossen in den Erbenkreis verhüten.

Zu letzterem Punkt sagt die Denkschrift[1]): „Verkauft ein Miterbe auf Grund dieses Verfügungsrechts (des jetzigen § 2033 BGB.) seinen Anteil am Nachlaß, so sind die übrigen Miterben der Gefahr ausgesetzt, daß der ihnen fremde Käufer, welcher auf diese Weise in die Gemeinschaft tritt, der Auseinandersetzung Schwierigkeiten bereitet. Um sie hiergegen zu schützen, gibt ihnen das Gesetz gegen den verkaufenden Miterben ein Vorkaufsrecht".

Weitere Zweckbegründungen bringen die Gutachtlichen Äußerungen zum Bürgerlichen Gesetzbuche[2]): „Das Kgl. Preuß. Landesökonomiekollegium (Session 1890 Verhandl. 236, 355, 356, 883, 884, 915) hat sich dahin ausgesprochen, daß das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miterben im Interesse der Erhaltung des Grundbesitzes in der Familie in das Gesetzbuch aufgenommen werde. Maßgebend hierfür ist gewesen: die Einräumung eines Vorkaufsrechts an den einzelnen Miterben bezüglich der Bruchteile der übrigen Erben erleichtere die Auseinandersetzung wesentlich. Wenn die durch die Bande des Bluts miteinander verbundenen Glieder der Familie allein die angefallene Erbschaft miteinander teilten, so lasse sich eine Auseinandersetzung auf gütlichem Wege viel leichter erzielen, als wenn ein Fremder, der bloß Geldinteressen habe, in die Gemeinschaft eindringe und an der Auseinandersetzung teilnehme. Ausgeschlossen sei zwar nicht, daß auch innerhalb der Familie Zwistigkeiten entstünden; aber die Uneinigkeit werde jedenfalls gefördert durch das Hinzutreten Fremder. Die Erfahrung habe gezeigt, daß da, wo ein solches Vorkaufsrecht nicht bestehe, gerichtliche Teilungen häufiger vorgekommen seien als anderwärts. Das Vorkaufsrecht fördere ganz besonders die Erhaltung des Grundbesitzes in der Familie. Der öffentliche Verkauf und die Zersplitterung des Familienguts sei die regelmäßige Folge der Beteiligung Fremder. Die Annahme, daß die dem Erblasser nach § 2153[3]) gewährte Befugnis, die Aufhebung der Gemeinschaft auf die Dauer von 30 Jahren zu untersagen, einen hinreichenden Schutz gegen das Eindringen Dritter biete, treffe nicht zu. Erfahrungsgemäß würden derartige Verfügungen selten getroffen. Auch sei der Ausschluß der Teilung auf lange Zeit eine schwerwiegende wirtschaftliche Maßregel, welche nur für Aus-

---

[1]) a. a. O.
[2]) Bd. 5 S. 211.
[3]) Des 2. Entw.: § 2044 BGB.

nahmefälle am Platze sein könne. Den Miterben müsse vielmehr die Möglichkeit offen gehalten werden, Fremde, soweit sie es für nützlich erachteten, im Wege des Vorkaufs aus der Gemeinschaft auszuschließen.[1])

Den Zwecken, denen das Vorkaufsrecht sonach weiter dienen soll — der Umgehung zu häufiger gerichtlicher Teilungen, der Erhaltung des Grundbesitzes in der Familie, der Vermeidung einer Hinausschiebung der Auseinandersetzung — fügte die 2. Kommission noch einen weiteren hinzu, indem sie bemerkte, daß das Institut sich auch als Schutz gegen wucherische Verträge bewähren möge.[2]) Aufgaben wirtschaftlicher und sozialer Art genug sind es demnach, deren Erfüllung das dem Miterben zustehende Vorkaufsrecht erreichen soll. An der Hand der näheren Untersuchung dieses Rechts werden wir noch mehrmals darauf zu sprechen kommen, wie weit diesen Aufgaben das Gesetz gerecht geworden ist.

§ 3.

Begriff und Wesen des Vorkaufsrechts im allgemeinen.

Es sei zunächst Begriff und Charakter des Vorkaufsrechts allgemein besprochen, dem im folgenden Paragraphen die Sondernatur des Vorkaufsrechts des Miterben gegenüberzustellen ist.

Wir bestimmen das Vorkaufsrecht als die Befugnis des Berechtigten, falls der Verpflichtete den Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, an einen Dritten verkauft, durch einseitige Willenserklärung einen Kauf mit denselben Bestimmungen, wie zwischen dem Dritten und dem Verpflichteten vereinbart wurden, mit dem letzteren herbeizuführen.

Aus dieser Definition ergibt sich, daß wir drei Stadien des Vorkaufsrechts zu unterscheiden haben.

Erstes Stadium: Durch die Einräumung des Vorkaufsrechts erlangt der Berechtigte ein Recht auf Bevorzugung im Falle des Verkaufs des Gegenstands; das Vorkaufsrecht wird begründet; Begründungsarten sind Vertrag, Gesetz, letztwillige Verfügung.[3])

---

[1]) vgl. auch Gutachtl. Äußer. Bd. 5 S. 133 f.

[2]) Prot. Bd. 5 S. 840.

[3]) Es ist allerdings bestritten, ob durch Vermächtnis ein obligatorisches Vorkaufsrecht unmittelbar begründet werden kann (so Mot. Bd. 2 S. 345, 347; Planck Bd. 2 S. 413 f.; Crome Bd. 2 S. 495), oder ob nur ein obligatorisches Recht auf Einräumung eines Vorkaufsrechts zur Entstehung gelangt (so Prot. Bd. 2 S. 100); erstere Ansicht kommt u. E. dem Wesen des Vorkaufsrechts mehr entgegen.

Zweites Stadium: Das Vorkaufsrecht wird infolge der Vornahme des Verkaufs seitens des Verpflichteten zu einer gegenwärtigen Befugnis; es reift heran; der Verpflichtete hat den Berechtigten von dem Abschluß des Verkaufs zu benachrichtigen.

Drittes Stadium: Der Vorkauf geschieht infolge der Erklärung des Berechtigten (nunmehr: „Vorkäufers") gegenüber dem Verpflichteten (nunmehr: „Vorverkäufer"), der Vorkauf vollzieht sich.[1]) Der rechtliche Charakter dieses Vorkaufsrechts ist sehr unklar und in Ansehung der juristischen Konstruktion sowohl vor wie nach der Ausübungserklärung des Berechtigten äußerst bestritten. Man ist darüber uneinig, ob im Vorkaufsrecht ein pactum de contrahendo[2]) liege (dafür z. B. Goldschmidt, Zeitschr. f. HR. Bd. 1 S. 273; Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 112; dagegen z. B. Jäger S. 4; Giesel S. 31; Crome Bd. 2 S. 494 Anm. 11), ob es schon vor seiner Ausübung einen Anspruch des Berechtigten enthalte (dafür Matthiaß S. 467 Ziff. 7; Endemann Bd. 1 S. 730; Jäger S. 4; Katz S. 70; auch Mot. Bd. 2 S. 352; dagegen Prot. Bd. 2 S. 112; Planck Bd. 2 S. 419; Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 113; Oertmann S. 437; Immerwahr S. 324; Reuß S. 17; Giesel S. 50; Schmige S. 56); weiterhin ob der Vorkauf selbst ein Kauf sei (dafür die herrschende Meinung; dagegen Cosack Bd. 1 S. 465; Dernburg a. a. O.; Katz S. 66 ff.), wie der Kauf hierbei zu konstruieren sei (darüber eingehend unten), endlich ob der Berechtigte mit seiner Erklärung in den Vertrag des Verpflichteten mit dem Dritten eintrete, oder ob ein neuer selbständiger Kauf zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem zustande komme (für ersteres Heilfron Bd. 2, 2 S. 465; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 223; Engelmann S. 330; für letzteres Planck Bd. 2 S. 415; Staudinger Bd. 2b S. 159; Oertmann S. 431; Matthiaß S. 526; Crome Bd. 2 S. 498 f.; Endemann Bd. 1 S. 731, der aber beim gesetzlichen Vorkaufsrecht des Miterben für erstere Auffassung eintritt: Bd. 3 S. 483; Binder Bd. 3 S. 119 Anm. 108; Immerwahr S. 332; Giesel S. 40; Reuß S. 19; Katz S. 27; Schmige S. 25).

Das Bürgerliche Gesetzbuch, allen Rechtsdefinitionen abhold, hat auch hier absichtlich die Fragen unentschieden gelassen und ihre Lösung der Wissenschaft vorbehalten. Die Motive[3]) sagen hierzu, allerdings fast nur auf das vertragliche Vorkaufsrecht Bezug nehmend: „Wie das Zustandekommen des Vertrags zwischen dem Vorkaufsberechtigten, welcher sein Recht ausübt, und dem Ver-

---

[1]) vgl. Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 108.
[2]) Hierbei kommt natürlich nur das vertragliche Vorkaufsrecht in Betracht.
[3]) Bd. 2 S. 346 f.

pflichteten juristisch aufzufassen ist, insbesondere ob ein Fall des § 79[1]) anzunehmen sei, oder für die Akzeptation einer Offerte zu entscheiden, oder ein pactum de contrahendo mit der positiven Bestimmung zu unterstellen ist, daß der Vorvertrag durch die fragliche Erklärung des Berechtigten sich unmittelbar in den Hauptvertrag verwandle, oder ob endlich (z. B. in den Fällen des auf letztwilliger Verfügung beruhenden Vorkaufsrechts) der Vorschrift überhaupt ein positiver Charakter beizumessen ist, hat das Gesetz nicht zu entscheiden".[2])

Unsere Auffassung geht im Einklang mit der oben angeführten Begriffsbestimmung des Vorkaufsrechts dahin: Das Vorkaufsrecht gewährt erst vom Augenblick seiner Ausübung an einen Anspruch des Berechtigten gegenüber dem Verpflichteten. Voraussetzung der Ausübung dieses Rechts ist der Verkauf des Vorkaufsgegenstandes von seiten des Verpflichteten. Die Betätigung des Vorkaufs geschieht durch die Willenserklärung des Berechtigten. Durch diese Willenserklärung kommt ein Kauf — genauer eine Kaufobligation — zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zustande. Dieser Kauf ist aber keineswegs mit dem zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten geschlossenen, die Ausübung des Vorkaufsrechts voraussetzenden Vertrag identisch, hat vielmehr überhaupt keinen Vertrag zum rechtsbegründenden Tatbestand.

In Kürze wollen wir zu den einzelnen Punkten und den sich hieran knüpfenden Streitfragen Stellung nehmen.

Daß erst durch die Ausübung des Vorkaufsrechts ein Anspruch des Berechtigten entstehe, entnehmen wir aus den Motiven selbst. Hier[3]) heißt es: „Das Vorkaufsrecht gewährt dem Berechtigten den persönlichen Anspruch gegen den Verpflichteten darauf, daß dieser, falls er später den Gegenstand, in bezug auf welchen das Vorkaufsrecht besteht, verkaufen wird, dem Berechtigten als Käufer den Vorzug einräume, falls dieser in den Kauf eintreten will".

---

[1]) Des 1. Entw.: „Ein gegenseitiger Vertrag, welcher mit der Bestimmung geschlossen wird, daß der eine Vertragschließende an denselben Vertrag nur dann gebunden sei, wenn er wolle, ist für den anderen Vertragschließenden bindend". Katz (S. 69) nennt diesen Paragraphen eine contradictio in adiecto, weil ein Vertrag eine Bindung zweier Teile verlange. Danach wäre z. B. der Kauf auf Probe kein Vertrag. Was aber sonst? Übrigens wurde § 79 nicht etwa als sinnwidrig gestrichen, sondern „weil als allgemeine Bestimmung nicht notwendig, zumal die Rechtsprechung bisher auch ohne solche zu befriedigenden Resultaten gelangt sei". Vgl. Reatz Bd. 1 S. 62.

[2]) vgl. hierzu Jäger S. 93 Anm. 13; Katz S. 69.

[3]) Bd. 2 S. 346.

Wir entnehmen dieser Definition der Motive, daß dem Entstehen des Anspruchs eine doppelte, und zwar aufschiebende Bedingung gesetzt ist: einmal der Verkauf des Gegenstandes durch den Verpflichteten, zum andern aber der Wille des Berechtigten, daß er das Recht ausübe. Anspruch ist aber „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen" (§ 194 Abs. 1 BGB.); ein Anspruch kann sonach erst dann zur Entstehung gelangen, wenn die Forderung selbst geltend gemacht werden kann, also bei aufschiebenden Bedingungen erst mit dem Eintritt aller dieser Bedingungen. Ein Recht auf Bevorzugung als Käufer — oder wie Kohler[1]) sich ausdrückt, eine „Rechtslage" — bildet allerdings schon im ersten Stadium des Vorkaufsrechts seinen Inhalt; diese Rechtslage wird im zweiten Stadium zur gegenwärtigen Befugnis, zu einem „Gestaltungsrecht" oder „Recht des Könnens",[2]) als dessen begleitendes Moment die Mitteilungspflicht des Veräußernden anzusehen ist; ein Forderungsrecht und damit ein Anspruch entsteht aber erst mit der Betätigung des Vorkaufs durch entsprechende Ausübungserklärung: erst jetzt kann der Berechtigte ein Tun, nämlich die Übertragung des Vorkaufsgegenstandes verlangen,[3]) erst jetzt erstehen Rechte und Pflichten aus dem Vorkaufe.

Der Vorkauf ist Kauf. Die Gegner führen aus: Kauf ist Vertrag; Verträge können ihren Inhalt nur durch zwei Willenserklärungen (Offerte und Annahme) erhalten; der Vorkauf entsteht aber nur durch einen Willen, nämlich den des Berechtigten. Es sei daher der Vorkauf nicht als Vertrag und somit nicht als Kauf aufzufassen.

Dagegen ist einzuwenden: Das Gesetzbuch selbst sagt in § 505 Abs. 2: „Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf... zustande". Daß die Gesetzgeber nicht nur dem Wortlaut nach den Vorkauf als Kauf aufgefaßt wissen wollen, dafür spricht die systematische Einreihung der Bestimmungen über den Vorkauf in die Lehre über den Kauf. Weiterhin ist nicht ersichtlich, aus welchem anderen Rechtsverhältnis sich die beiderseitigen Verpflichtungen des Vorverkäufers und des Vorkäufers ergeben sollten.

---

[1]) S. 151 ff.; ähnlich Affolter S. 545 f., Objektives Rechtsverhältnis.

[2]) vgl. die bei Affolter S. 610 Zitierten. Affolter selbst nennt diese Befugnis „personale Fähigkeit". Jedenfalls liegt auch in diesem Stadium noch kein „subjektives Recht" vor.

[3]) vgl. auch § 1098 Abs. 2 BGB., der von einem „mit der Ausübung des Rechts entstehenden Anspruch auf Übertragung" spricht. Der Ausdruck „Verpflichteter" ist daher juristisch korrekter erst im 3. Stadium anzuwenden; er sei aber wie sonst in der Literatur auch in den beiden ersten Stadien des Vorkaufsrechts im Sinne von „bedingt Verpflichteter" gebraucht.

Cosack bringt hierfür überhaupt keine Erklärung, Katz[1]) kommt zu dem Ergebnis, der Vorkauf sei Quasikontrakt; „es würden durch die einseitige Willenserklärung des Berechtigten die rechtlichen Beziehungen eines Käufers und Verkäufers hergestellt". Wo aber die rechtlichen Beziehungen eines Käufers auf der einen, eines Verkäufers auf der andern Seite bestehen, liegt eben u. E. ein Kauf vor.

Wie aber ist dieser Kauf juristisch zu konstruieren? Planck[2]) unterstellt einen den Verpflichteten bindenden, auf Abschluß des Vorkaufs gerichteten Vertragsantrag oder eine durch Anordnung des Erblassers begründete entsprechende Gebundenheit des Verpflichteten. Planck fingiert also ein Vertragsangebot; die Ausübungserklärung des Berechtigten ist die Annahme dieser fingierten Offerte und bewirkt das Zustandekommen eines Vertrags. Eine ähnliche Auffassung vertritt Endemann.[3])

Die Theorie eines fingierten Vertragsangebots leidet an dem Mangel, daß sie sich ohne Zweifel auf ein gesetzliches oder testamentarisches Vorkaufsrecht nicht anwenden läßt. Sie mag insoweit zu halten sein, als der Verpflichtete zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist; dagegen läßt sich ein gesetzliches, dem Willen des Betroffenen meist widersprechendes Recht nicht auf dessen fingierten Willen zurückführen. Auch wenn der Verpflichtete die gemäß § 510 Abs. 1 BGB. vorgeschriebene Mitteilung von dem Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags macht, so kann man diese Mitteilung doch keineswegs als Offerte, d. h. als Aufforderung, einen Kaufvertrag gleichen Inhalts mit ihm abzuschließen, auffassen;[4]) der Verpflichtete kann sogar bei dieser Mitteilung ausdrücklich erklären, er wolle nicht offerieren, trotzdem aber der ihm nach § 510 auferlegten Pflicht genügen.

Staudinger, Enneccerus-Lehmann und Crome[5]) vermeiden die Fiktion einer Offerte, indem sie darlegen: der Vorkauf sei ein zweifach bedingter Kaufvertrag — bedingt erstens durch den Verkauf des Gegenstandes von seiten des Verpflichteten an den Dritten, zweitens durch die Willenserklärung des Berechtigten —.

Hiergegen lassen sich ebenso gewichtige Einwände wie gegen die Plancksche Auffassung erheben. Wenn schon im ersten

---

[1]) S. 66 f., 30.

[2]) Bd. 2 S. 413.

[3]) Bd. 1 S. 731 Anm. 14; ähnlich auch Jäger S. 93 Anm. 13; Reuß S. 19 f.

[4]) Ebenso Katz S. 74 f.; and. M. Giesel S. 36.

[5]) Staudinger Bd. 2b S. 159; Enneccerus-Lehmann S. 621; Crome Bd. 2 S. 494.

Stadium des Vorkaufsrechts ein Kaufvertrag vorläge, so müßte beim gesetzlichen (testamentarischen) Vorkaufsrecht eine doppelte Willenserklärung kraft Gesetzes (Testaments) hervorgerufen werden: eine offensichtlich ganz unmögliche Konstruktion. Ferner müßte, wäre ein Kaufvertrag — auch nur bedingt — schon bei der Begründung des Vorkaufsrechts abgeschlossen, sein Inhalt gleich bestimmt oder bestimmbar sein; dies ist aber nicht der Fall; nur die Gattung des zukünftigen Geschäfts wird sogleich bestimmt; der sonstige Inhalt wird dagegen erst später durch den Inhalt des anderen Vertrags bestimmbar gemacht. Vorläufig liegt also kein Kaufvertrag vor, sondern nur ein Recht auf Kauf unter bestimmten Voraussetzungen.

Das gleiche läßt sich gegen Oertmann[1]) sagen; nach ihm liegt das konstitutive Moment in dem alten Vertrag, genauer in einem von vornherein beigefügten actus contrarius; dieser stehe unter zwei Bedingungen: dem Abschluß eines neuen Vertrags zwischen dem bedingt Verpflichteten und einem Dritten und einer entsprechenden Erklärung, dem placere des Berechtigten, andererseits". Oertmann selbst gibt zu, daß sich diese Konstruktion nur auf das vertragsmäßige Vorkaufsrecht anwenden läßt.

Ebensowenig natürlich hat die auch von Dernburg[2]) verteidigte Behauptung Goldschmidts,[3]) das Vorkaufsrecht enthalte ein pactum de contrahendo, das durch die Ausübungserklärung sich von selbst in einen Kaufvertrag verwandle, für ein gesetzliches oder testamentarisches Vorkaufsrecht Geltung.

Alle bisher besprochenen juristischen Konstruktionen des Vorkaufsrechts scheitern u. E. an dem Versuch, den gesetzlichen wie den rechtsgeschäftlichen Vorkauf gleichermaßen als Kauf„vertrag" darzustellen.

Diesen Umstand berücksichtigend, treten Schollmeyer[4]) und Landsberg[5]) dafür ein, daß das Vorkaufsrecht ein dem Rücktrittsrecht verwandtes „Einlösungsrecht" sei. Binder[6]) hat diese Idee neuerdings verwertet und unter Berücksichtigung der Frage, wie hierbei ein „Kauf" entstehen könne, zu einem befriedigenden Abschluß gebracht. Er geht vom gesetzlichen Vorkaufsrecht aus, bei dem er das Zustandekommen der Kaufobligation lediglich dadurch erklärt, daß „zu dem objektiven Tatbestande des

---

[1]) S. 431 f.
[2]) Bd. 2 S. 92.
[3]) Zeitschr. f. HR. Bd. 1 S. 273.
[4]) S. 42.
[5]) S. 439.
[6]) Bd. 3 S. 118 f., insbesondere Anm. 107; ähnlich auch Kohler Bd. 1 S. 151 f.

Abschlusses eines Kaufvertrags mit einem Dritten die einseitige Vorkaufserklärung des Berechtigten tritt", und wendet diese Definition auch für das auf Vereinbarung beruhende Vorkaufsrecht an, indem er ausführt: „Es verleitet allerdings die Ausdrucksweise des Gesetzbuchs (der Kauf kommt zustande) zu der Annahme, daß ein Kauf (Vertrag) abgeschlossen werde. Alle Schwierigkeiten, die sich bei den Versuchen einstellen, den Tatbestand des Kaufvertrags herzustellen, verschwinden, sobald man gehörig zwischen Kaufvertrag und Kaufobligation unterscheidet. Einen Vertrag zu fingieren, ist hier durchaus unveranlaßt. Es genügt die Erkenntnis, daß hier ausnahmsweise die Wirkungen, die sonst an den Abschluß eines Vertrags geknüpft sind, beim Vorhandensein eines anderen Tatbestands eintreten können".

In der Tat bietet die Binderſche Darstellung allein die Möglichkeit, für das rechtsgeschäftliche wie gesetzliche Vorkaufsrecht eine gemeinsame Formel zu finden. Festgehalten ist dabei, daß der Vorkauf „Kauf" sei: die Verpflichtungen des Vorkäufers und des Vorverkäufers sind Kaufobligationen. Kauf ist aber nicht identisch mit Kaufvertrag; einen Vertrag dem Vorkauf zugrunde zu legen, ist daher beim vereinbarten Vorkaufsrecht ebensowenig nötig, wie es beim gesetzlichen oder testamentarischen Vorkaufsrecht möglich ist. Wenn Oertmann[1]) ausführt, wo ein Kaufvertrag fehle, könne auch nicht eine Kaufobligation, sondern höchstens eine ihr gleich zu behandelnde Schuld entstanden sein, so zeigt das Bürgerliche Gesetzbuch, das ein gesetzliches Vorkaufsrecht kennt und dessen Wirkung gemäß § 505 Abs. 2 geregelt wissen will, daß ein Kauf, der normalerweise allerdings auf einem Vertrag beruht, auch ohne diesen denkbar ist.

Aus dieser unserer Darstellung ergibt sich bereits, daß der Vorkäufer nicht in den zwischen dem Vorverkäufer und dem Dritten geschlossenen Vertrag eintritt, sondern ein neuer Kauf zwischen Vorkäufer und Vorverkäufer zur Entstehung kommt. Wäre das erstere der Fall, so würden zudem, wie Oertmann[2]) überzeugend darlegt, dem Verpflichteten die von dem Dritten etwa bestellten Pfänder oder Bürgen auch wegen seiner nunmehrigen Ansprüche gegen den Vorkaufsberechtigten haften, wovon in Wahrheit doch nicht die Rede sein kann.

---

[1]) S. 432.
[2]) S. 433.

§ 4.

Wesen des Vorkaufsrechts des Miterben im besonderen.

Die in § 3 entwickelte Rechtsnatur des Vorkaufsrechts liegt im wesentlichen auch dem Vorkaufsrechte des Miterben zugrunde. Eine Vergleichung mit den sonst vom Gesetz behandelten Vorkaufsrechten ergibt aber, daß unser Recht seinem Charakter und seinem juristischen Aufbau nach in manchen Punkten eine Sonderstellung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs einnimmt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in seinen §§ 504—514 das persönliche Vorkaufsrecht oder den „Vorkauf" geregelt; es beschäftigt sich hierbei, ohne auf die Entstehungsarten des Rechts einzugehen,[1]) lediglich mit der Rechtslage desjenigen, der „in Ansehung eines Gegenstands zum Vorkauf berechtigt ist" (§ 504 BGB.). Gegenstand kann hier jedes wirtschaftliche Gut sein, dessen Veräußerung im Wege eines Kaufs möglich ist, also bewegliche Sachen, Grundstücke und Rechte. Im Gegensatz zu diesen allgemeinen Bestimmungen finden wir spezielle Regeln über das sogen. dingliche Vorkaufsrecht in den §§ 1094—1104 BGB. Gegenstand dieses Rechts können nur Grundstücke und Erbbaurechte, seine Begründungsart kann nur Vertrag (Einigung) sein, Eintrag im Grundbuch ist zu seiner Herstellung nötig. Verpflichtet ist hier nicht der Besteller des Rechts als solcher, sondern als Eigentümer des belasteten Grundstücks (§ 1094 BGB.); ist es für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt (§ 1097 BGB.), so ist der jeweils eingetragene Eigentümer des Grundstücks verpflichtet. Gegen den Dritten wirkt das dingliche Vorkaufsrecht wie eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestimmt sich aber nach den Vorschriften der §§ 504—514 (§ 1098 BGB.).

In einem noch enger begrenzten Gebiete bewegt sich unser in den §§ 2034—2037 BGB. enthaltenes Vorkaufsrecht des Miterben. § 2034 Abs. 1 BGB. sagt: „Verkauft ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten, so sind die übrigen Miterben zum Vorkaufe berechtigt". Berechtigt und verpflichtet sind demnach hier (im Gegensatz zum persönlichen und dinglichen Vorkaufsrecht, deren Träger und Betroffene jede physische und juristische Person

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 345.

sein kann) nur Miterben, Gegenstand nur ein Erbanteil, Begründungsart nur das Gesetz.

In diesem letzten Punkt liegt das Eigenartigste dieses Rechts: wir haben es mit dem einzigen, in Reichsgesetzen vorkommenden Fall zu tun, daß ein Vorkaufsrecht kraft Gesetzes entsteht.[1])

Weil aber das Gesetz hier den Inhalt des Rechts genau umschreibt und umgrenzt, ist eine Abänderung, insbesondere Einschränkung,[2]) durch Vertrag oder Testament ausgeschlossen: die Vorschriften der §§ 2034 ff. BGB. sind ebenso wie die der §§ 1094 ff. BGB., aber im Gegensatz zu den dispositiven Regeln der §§ 504 ff. BGB.,[3]) zwingendes Recht.

Ein weiteres eigentümliches, dem deutschen Retraktrecht entnommenes Moment ist der sogen. „dingliche" Charakter, der dem Vorkaufsrecht des Miterben anhaftet: mit dem Vorkaufsrecht belastet (cum suo onere) geht der Erbanteil auf den Erwerber über; während das Vorkaufsrecht der §§ 504 ff. BGB. persönlicher Natur, das in den §§ 1094 ff. BGB. behandelte nach der herrschenden Auffassung dinglicher Natur ist, haben wir es bei dem Vorkaufsrecht des Miterben mit einer Befugnis zu tun, die zunächst persönlich gegenüber dem Verkäufer verwertbar ist, der aber insofern dingliche Kraft innewohnt, als sie gegenüber dem Erwerber des Erbteils geltend gemacht werden kann.[4])

Weitere unterschiedliche Merkmale, die sich aus Natur und Zweck unseres Vorkaufsrechts ergeben, werden wir noch bei der Besprechung seiner Übertragbarkeit und Befristung finden.

Das Vorkaufsrecht des Miterben ist in den §§ 2034—2037 BGB. natürlich nicht erschöpfend geregelt. Die Vorschriften über das dingliche Vorkaufsrecht können nicht ergänzend herangezogen werden, da ihre Anwendbarkeit auf Immobilienvorkauf beschränkt und außerdem eine Eintragung im Grundbuch zur Herstellung dieses Rechts nötig ist, was natürlich bei dem auf Gesetz beruhenden

---

[1]) Allerdings sind der Landesgesetzgebung weitere gesetzliche Vorkaufsrechte vorbehalten; vgl. Art. 109, 4, 58, 59 64, 67 EG. z. BGB.: z. B. preuß. Enteignungsgesetz v. 11. 6. 1874 § 57; preuß. allgem. Berggesetz v. 24. 6. 1865 § 141; preuß. Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen v. 3. 11. 1838 § 16; preuß. Gesetz betr. das Anerbenrecht v. 8. 6. 1896, wonach der nachberechtigte Anerbe ein gesetzliches Vorkaufsrecht hat, wenn das Anerbengut innerhalb 20 Jahren seit dem Tode des Erblassers an einen anderen als an einen Anerben veräußert wird.

[2]) Die Möglichkeit einer vertragsmäßigen oder testamentarischen Erweiterung (z. B. Verlängerung der Frist des § 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB. oder eine Ausdehnung des Vorkaufsrechts auf den Fall des Verkaufs an einen Miterben) wird gleichfalls zu verneinen sein; es würde dadurch die vom Gesetz gewollte Verfügungsfreiheit des Miterben über seinen Anteil gemindert; vgl. § 137 BGB.

[3]) Mot. Bd. 2 S. 345, insbesondere Anm. 2.

[4]) Die Frage, ob das Vorkaufsrecht des Miterben wirklich ein dingliches Recht sei, ist unten S. 39 f. erörtert.

Vorkaufsrecht des Miterben, dessen Gegenstand ein Erbschaftsanteil ist, nicht möglich sein kann. Dagegen sind die allgemein gehaltenen §§ 504 ff. BGB. subsidiär anzuwenden. In der Kommission des 2. Entw.[1]) war vorgeschagen, die Fassung des jetzigen § 2034 BGB. folgendermaßen zu wählen: „Verkauft ein Miterbe seinen Anteil ganz oder teilweise an einen Dritten, so steht den übrigen Erben das Vorkaufsrecht nach Maßgabe der §§ 439—447 (des 2. Entw.; jetzt §§ 504—514) BGB. zu". Es war also eine Bezugnahme auf die Vorschriften des persönlichen Vorkaufsrechts geplant. Demgegenüber wurde geltend gemacht, „es sei von dem Hinweis auf die Anwendbarkeit der §§ 439—447, wie geschehen, abzusehen, da der Hinweis der allgemeinen Fassung des § 439 Abs. 1 gegenüber („ist jemand in Ansehung eines Gegenstandes zum Vorkauf berechtigt") nicht erforderlich sei".

Mag man nun auch die Richtigkeit dieser Ansicht in Zweifel ziehen und sich fragen, ob von demselben Gesichtspunkte aus nicht auch der Hinweis in § 1098 BGB. überflüssig erscheine, so ist doch unverkennbar der Wille des Gesetzgebers zu ersehen, daß die §§ 504 ff. BGB. überall da Platz greifen müssen, wo nicht die §§ 2034 ff. BGB. selbst etwas anderes bestimmen.[2]) Da das Vorkaufsrecht des Miterben ius cogens enthält, so verlieren die Vorschriften der §§ 504 ff. BGB. im Anwendungsfalle ihren dispositiven Charakter.

---

[1]) Prot. Bd. 6 S. 318; vgl. Mot. Bd. 2 S. 345.
[2]) vgl. Prot. Bd. 5 S. 841; Aron S. 653 f.

Dritter Abschnitt.

§ 5.

Voraussetzung für die Entstehung und Ausübung des Vorkaufsrechts des Miterben.

Voraussetzung für das Entstehen des Vorkaufsrechts ist, wie wir gesehen haben, das Vorhandensein einer Erbengemeinschaft: sobald mehrere nebeneinander zu Erben berufen sind, steht ihnen vom Augenblick des Erbfalls an ein Vorkaufsrecht zu (erstes Stadium). Dieses Vorkaufsrecht ist, wie wir sahen, noch keine Berechtigung, sondern eine Rechtslage: die Miterben sind gegenseitig nur bedingt berechtigt und verpflichtet.

Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts ist, daß ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten freiwillig verkauft (zweites Stadium; § 2034 Abs. 1 BGB.).

Daraus ergeben sich folgende wesentliche Bestimmungen für die Geltendmachung des Rechts:

Der Verkauf muß durch einen Miterben erfolgen. Wie weit der Begriff „Miterbe" (Verpflichteter) hier aufzufassen ist, wird uns der folgende § 6 zeigen.

Der Miterbe muß seinen Anteil verkaufen. Anteil ist der der Erbquote entsprechende Bruchteil des Nachlaßganzen, nicht der einzelnen Nachlaßgegenstände (vgl. § 2033 BGB.), also die für den Miterben aus der Miterbengemeinschaft sich ergebende Rechtsstellung und nicht der Anspruch auf dasjenige, was dem Miterben bei der späteren Teilung des Nachlasses zufallen wird.[1]) Nicht zu bestreiten dürfte sein, daß der Miterbe auch über einen Bruch-

[1]) Für letzteres Wendt S. 424ff.; gegen ihn RG. Bd. 60 S. 131; Planck Bd. 5 S. 250f.; Kreß S. 176; Strohal Bd. 2 S. 95; Binder Bd. 3 S. 91f.; Weißler S. 381f.; Staudinger Bd. 5 S. 275; letzterer unterscheidet „Anteil" von „Erbteil", indem er „Anteil" definiert als Erbteil nebst der Mitgliedschaft an der Erbengemeinschaft. Es ist aber u. E. in dem Begriff „Erbteil des Miterben" die Mitgliedschaft an der Erbengemeinschaft bereits hinreichend ausgedrückt, so daß eine Vermengung der Begriffe „Erbteil" und „Anteil" ungefährlich erscheint.

teil seines Anteils am Nachlaß gemäß § 2033 BGB. verfügen[1]) und folgerichtig ihn auch vorher nach § 2371 BGB. veräußern darf. Die Frage, ob bei Verkauf eines solchen Bruchteils das Vorkaufsrecht zur Anwendung gebracht werden kann, wird allgemein von der Wissenschaft bejaht[2]) und von den Motiven ebenfalls befürwortet. Voraussetzung zur Verwirklichung des Vorkaufs ist fernerhin gegeben, wenn der Anteil zusammen mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreis verkauft wird (sogen. „Mengekauf"; § 508 BGB.). Weiter wird auch dann, wenn ein Teil des Nachlasses bereits aufgeteilt ist, ein Vorkaufsrecht geltend gemacht werden können, sobald ein Miterbe seinen Anteil am ungeteilten Nachlasse verkauft;[3]) in einem solchen Fall erstreckt sich aber das Vorkaufsrecht nicht, wie Schmige[4]) meint, auf die bereits geteilten Sachen des Nachlasses, da der Zweck des Vorkaufsrechts eine solche Ausdehnung keineswegs erfordert und überdies richtiger Ansicht nach der Parteiwille bei Verkauf eines Erbteils im Zweifel dahin ausgelegt werden muß, daß nur der Anteil am ungeteilten Nachlasse als verkauft anzusehen ist.[5])

Der Verkauf muß an einen Dritten erfolgen. Verkauft ein Miterbe seinen Anteil an einen anderen Miterben, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht gestattet. Bei einem Erbteilsverkauf nach § 312 Abs. 2 BGB. wird aus diesem Grunde der Vorkauf auch mit dem Eintritt des Erbfalls nicht betätigt werden können, es müßte denn sein, daß der Käufer von der Erbfolge ausgeschlossen ist und damit nicht „Miterbe" wird. Nach einem Antrag in der 2. Kommission[6]) sollte allerdings das Vorkaufsrecht auch auf den Fall des Verkaufs des Erbteils an einen Miterben ausgedehnt werden, doch entschied man sich für die jetzt geltende Fassung, u. E. mit Recht: denn durch den Verkauf eines Erbschaftsbruchteils an einen anderen Miterben werden zwar die Erbquoten innerhalb der Erbengemeinschaft verschoben, die Zweckbestimmung aber, die das Vorkaufsrecht zu erfüllen hat, wird hierdurch nicht betroffen, da ein Fremder in die Gemeinschaft nicht eindringt. Diese Erwägungen berechtigen weiterhin zu der Annahme, daß der § 511 BGB.[7]) für das gesetzliche Vorkaufsrecht

[1]) vgl. Staudinger Bd. 5 S. 276; Weißler S. 381; Erdmann S. 26; Strohal Bd. 1 S. 166; Kreß S. 175.

[2]) vgl. Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 113; Immerwahr S. 313; and. M. Entsch. d. OTr. Bd. 55 S. 58.

[3]) vgl. Planck Bd. 5 S. 252; and. M. Binder Bd. 3 S. 106.

[4]) S. 36.

[5]) Letzteres bestreiten Kreß S. 177; Strohal Bd. 2 S. 346.

[6]) Prot. Bd. 5 S. 837 sub VI, 1a.

[7]) Das Vorkaufsrecht erstreckt sich im Zweifel nicht auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt (sogen. „Kindskauf").

des Miterben entsprechend anzuwenden ist[1]: Ein gesetzlicher Erbe eines Miterben kann als „Fremder" nicht angesehen werden; stirbt ein Miterbe vor der Auseinandersetzung, so tritt — bei Fehlen eines anderslautenden letzten Willens — sein gesetzlicher Erbe von selbst in die Gemeinschaft der Miterben ein (§ 1922 BGB.); das Gesetz wird aber nicht auf der einen Seite etwas vermeiden wollen, was möglicherweise auf der anderen Seite kraft Gesetzes erfolgt. Es kann daher das Vorkaufsrecht nicht geltend gemacht werden, wenn ein Miterbe seinen Anteil mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben[2] verkauft. Dagegen ist die Ausübung des Vorkaufsrechts gestattet im Falle des sogen. Freundschaftskaufs, d. h. eines Kaufs, bei dem der Veräußerer die Person des Dritten berücksichtigt, z. B. die Feststellung des Preises aus freundschaftlichen Gefühlen so niedrig bemißt, daß eine Schenkung konkurriert; hier wie sonst bleibt das Motiv des Rechtsgeschäfts rechtlich bedeutungslos.

Der Verkauf muß weiterhin ein freiwilliger sein. Das Vorkaufsrecht greift nicht Platz im Falle eines Verkaufs des Anteils, der auf Grund einer gegen den Miterben geführten Zwangsvollstreckung (§ 857 Abs. 5 ZPO.) oder durch den Konkursverwalter (§ 127 KO.) erfolgt (§ 512 BGB.).[3] Gleichgültig bleibt dabei, ob der Verkauf freihändig oder durch Versteigerung vorgenommen wird.

Der zwischen dem Miterben und dem Dritten geschlossene Vertrag muß endlich „Kauf" sein. Hierzu sagen die Motive[4]: „Das Vorkaufsrecht findet nicht in den Fällen statt, wenn der Verpflichtete durch einen anderen nicht als Kaufvertrag anzusehenden Vertrag veräußert hat. Es hängt hiernach von der Prüfung des einzelnen Falles ab, ob ein Kaufvertrag abgeschlossen ist. Ist auf Grund eines anderen Vertrags veräußert, so ist das obligatorische Vorkaufsrecht vereitelt, ohne daß diesfalls dem Be-

---

[1]) Ebenso Schmige S. 19; Endemann Bd. 3 S. 482; and. M. Standinger Bd. 5 S. 280, der die Anwendung des § 511 BGB. als „schon dem Inhalt dieses Paragraphen nach untunlich" erklärt. — Übrigens wird der Fall selten zur praktischen Bedeutung gelangen; vgl. Cosack Bd. 1 S. 466.

[2]) Gesetzlicher Erbe: s. §§ 1924 ff. BGB. Die Frage, ob ein Schwiegersohn als gesetzlicher Erbe im Sinne des § 511 BGB. in Betracht kommen kann, verneint mit Recht Katz S. 52; der Umstand, daß der Ersteher des Anteils nachträglich aufhört, gesetzlicher Erbe zu sein, kann das für diesen Fall gegenstandslos gewordene Vorkaufsrecht nicht wieder zu neuem Leben erwecken; vgl. Oertmann S. 438.

[3]) And. M. Binder Bd. 3 S. 132; dafür die herrschende Meinung; vgl. insbesondere auch Prot. Bd. 5 S. 841. — Die rechtliche Zulässigkeit eines solchen Verkaufs des Erbteils kann nicht bezweifelt werden; vgl. RG. Bd. 49 S. 408; Planck Bd. 5 S. 252 f.; Strohal Bd. 2 S. 100 Anm. 22; Binder Bd. 3 S. 302; Kreß S. 186; auch Prot. Bd. 5 S. 838 f.

[4]) Bd. 2 S. 345.

rechtigten gegen den Verpflichteten ein Anspruch etwa auf Schadensersatz zustünde. Gegen den dritten Erwerber wirkt es nicht[1]) und dem Verpflichteten gegenüber besteht das obligatorische Vorzugsrecht eben nur für den Fall des Verkaufs.

Im Anschluß an die Stellungnahme der Motive ist in der einschlägigen Literatur größtenteils die strikte Auffassung vertreten, daß nur ein Kauf zwischen Verpflichtetem und Drittem, nicht ein anderes entgeltliches oder unentgeltliches Rechtsgeschäft, die Ausübung des Vorkaufsrechts gestatte. (Planck Bd. 2 S. 414; Staudinger Bd. 2 S. 160; Strohal Bd. 2 S. 100; Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 110; Cosack Bd. 1 S. 466; Matthiaß Bd. 1 S. 524; Heilfron Bd. 2, 2 S. 465; Müller-Meikel Bd. 1 S. 413; Immerwahr S. 316; Frommhold S. 90; Giesel S. 35; Schmige S. 13 f.)

Gegen diese Auffassung wurden aber mancherlei Bedenken laut. Crome und Oertmann haben bereits, ohne grundsätzlich von diesem Standpunkte abzugehen, ihn doch erweitert. Ersterer sagt[2]): „Andere Verträge, z. B. Tausch, Schenkung, genügen nicht, es sei denn, daß sie nur zur Verdeckung eines Kaufes vorgeschoben sind"; letzterer[3]) führt aus: „Es wäre indes möglich, daß sich eine spätere freiere Auslegung über den bedenklichen Wortlaut (‚Kauf') wenigstens in den Fällen hinwegsetzen wird, wo dieser den Interessen der Partei nicht gerecht wird, erforderlichenfalls unter Zuhilfenahme eines als auf die Gleichstellung derartiger Akte mit wahren Käufen gerichtet zu unterstellenden, stillschweigenden Parteiwillens".

Jäger[4]) und Katz[5]) aber verlassen ganz den Standpunkt der Motive und dehnen den Begriff „Kauf" auch auf alle denselben wirtschaftlichen Effekt erzielende Geschäfte aus. In der Tat lassen sich gewichtige Gründe dafür ins Feld führen, daß man sich nicht an den Wortlaut des Gesetzestextes[6]) anklammern, sondern in freierer, mehr den Zweck des Gesetzes erfassender Auslegung die Voraussetzung zur Ausübung des Vorkaufsrechts auch dann für gegeben erachten soll, wenn der Verpflichtete mit dem Dritten einen „kaufähnlichen Vertrag" geschlossen hat. Als solche kauf-

[1]) Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miterben kann nun zwar gegen den dritten Erwerber geltend gemacht werden, aber auch nur, wenn ein „Kauf" der Übertragung zugrunde lag; da die §§ 2034 ff. BGB. besondere Vorschriften über den die Ausübung des Rechts ermöglichenden Vertrag zwischen Miterben und Dritten nicht enthalten, gelten auch hier die allgemeinen Regeln der §§ 504 ff. BGB.

[2]) Crome Bd. 2 S. 495.

[3]) Oertmann S. 432.

[4]) S. 47.

[5]) S. 46 f.

[6]) § 504 BGB.: Kaufvertrag.

ähnliche Verträge kämen für unsere Betrachtung hauptsächlich Tausch und Hingabe an Zahlungsstatt in Betracht, da man sich einen Erbteil wohl nicht als Gegenstand eines Trödel-, Teilungs- oder anderen ästimatorischen Vertrags vorstellen kann.

Für die von Jäger und Katz vertretene Auffassung spricht zunächst hinsichtlich des Tauschvertrags folgendes: Tausch und Kauf sind engverwandte Rechtsgeschäfte. Die Motive[1]) bezeichnen als „das unterscheidende Merkmal" des Tauschs gegenüber dem Kaufe, daß er nicht auf Leistung eines individuellen Wertes gegen Bezahlung eines Preises, sondern auf Umsatz eines individuellen Wertes gegen einen anderen individuellen Wert gerichtet ist. Wie aber beim Kaufe neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreis sonstige Nebenleistungen zulässig sind, so kann beim Tausche neben den nicht in Geld bestehenden Leistungen eine Zuzahlung in Geld vereinbart werden".

Wir sehen: die Grenze zwischen Kauf und Tausch ist eine sehr verschiebbare. Nun bestimmt weiterhin der § 515 BGB.: „Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung", und auch die Motive versichern an anderer Stelle,[2]) daß die Vorschriften über den Kauf ohne Modifikation auch für den Tausch Anwendung finden. Warum sollen nun gerade die Regeln des vom Gesetz selbst als Kauf bezeichneten Vorkaufs, dem zudem im Bürgerlichen Gesetzbuch der Platz unmittelbar vor dem zitierten § 515 angewiesen ist, auf den Tausch keine Anwendung finden? Soll überhaupt das Institut eines Vortauschs dem Geiste des Gesetzes fremd sein, weil es dem Wortlaut des Gesetzes unbekannt ist, wo doch auch eine „Vormiete", eine „Vorpacht" in unserem Rechtsleben vorkommen, ohne daß ein Gesetzbuch sie kennt?

Staudinger[3]) beantwortet diese Fragen, indem er den „Vortausch" folgendermaßen beurteilt: „Man erachtet ein solches Rechtsverhältnis als nicht angängig, zunächst schon mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 504. Der Grund liegt aber noch tiefer. Beim Vorkaufe muß der Vorkäufer einspringen mit derselben Gegenleistung wie der dritte Käufer, d. h. mit Geld (bei anderen Nebenleistungen vgl. § 507). Das ist in thesi dem Vorkäufer möglich. Anders beim Tausch. Hier steht das Gegenobjekt in der Regel allein zu Händen des Gegenkontrahenten, welcher nicht verpflichtet ist, auch zumeist nicht geneigt sein wird, dasselbe einem andern zur Geltendmachung eines durch die gleiche Leistung be-

---

[1]) Bd. 2 S. 366.
[2]) Bd. 2 S. 367 f.
[3]) Bd. 2 S. 170 sub b.

dingten Vorrechts zur Verfügung zu stellen. Das trifft immer zu bei species-Leistungen; zumeist wird es sich aber auch bei Verpflichtung zur Leistung vertretbarer Sachen (außer Geld) geltend machen".

Wir geben Staudinger insofern recht, als eine Betätigung des Vorkaufs dann ausgeschlossen ist, wenn die Gegenleistungen, die der Dritte dem Verpflichteten schuldet, nicht vertretbar sind, also vom Berechtigten nicht gewährt werden können. Das liegt schon in der Natur der Sache. Aber wenn — und dieser Fall dürfte u. E. nicht so selten sein, wie Staudinger meint — die Gegenleistungen vertretbar sind, der Berechtigte sie also ebenso geben kann wie der Dritte, dann muß dem Berechtigten die Möglichkeit gewährt sein, sein Vorkaufs- oder — wenn man will — Vortauschsrecht geltend zu machen, auch ohne daß dies in der das Vorkaufsrecht begründenden Vereinbarung, letztwilliger Verfügung oder Gesetzesstelle ausdrücklich hervorgehoben ist. Dies erfordert gerade beim Vorkaufsrecht des Miterben der Zweck des Gesetzes[1]): Das Eindringen eines Fremden in die Erbengemeinschaft und die damit verknüpften Folgen, ebenso eine wucherische Übervorteilung eines Miterben könnten oft nicht gehindert werden, wenn der Machtbereich des Vorkaufsrechts nicht auf einen Tauschvertrag ausgedehnt werden soll; der Dritte brauchte nur eine vertretbare, leicht in Geld umzusetzende, aber individuelle, d. h. nicht in barem Geld bestehende, Leistung seinerseits vereinbaren, und es wäre ihm gelungen, den Willen des Gesetzes zu umgehen.

Ähnliche Gründe wie für den Tausch als Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts lassen sich auch für die Hingabe an Zahlungsstatt anführen. Wir bringen ein praktisches Beispiel: Ein Miterbe ist verschuldet und überläßt, um die Forderung der Gläubiger zu befriedigen, ihnen seinen Erbteil an Stelle der geschuldeten Geldsumme. Wir werden mit gutem Recht annehmen dürfen, daß die Miterben ein wenn auch modifiziertes Vorkaufsrecht geltend machen können: Durch die Ausübung dieses Vorkaufsrechts erlangen sie den Anspruch auf Übertragung des Erbteils an sie, wogegen sie ihrerseits die geschuldete Geldsumme, soweit sie durch die Hingabe des Erbteils an Zahlungsstatt ausgeglichen sein sollte, dem Miterben bezw. im Falle des § 2035 BGB. den Gläubigern leisten müssen.

Die Frage, ob bei einer Veräußerung des Erbteils im Wege des Vergleichs (§ 779 BGB.) ein Vorkaufsrecht stattfinden kann, ist für den Fall zu bejahen, in dem das ungewisse, durch Vergleich erledigte Rechtsverhältnis auf einem Kauf beruhte; denn

[1]) So anscheinend auch Binder Bd. 3 S. 131.

durch den Vergleich wird der Rechtsgrund des bisherigen Rechtsverhältnisses nicht geändert, dem Vergleich fehlt die novierende Kraft[1])

Wir kommen demnach zu folgendem Ergebnis: Ist der Vertrag, durch den der Miterbe seinen Anteil an einen Dritten veräußert, ein Kauf oder ein kaufähnlicher Vertrag,[2]) bei welchem der Dritte eine Leistung schuldet, die der Berechtigte zu erfüllen imstande ist, so kann das Vorkaufsrecht ausgeübt werden. Kann der Berechtigte die von dem Dritten geschuldete Leistung nicht erfüllen oder erfolgt die Veräußerung an den Dritten auf Grund eines Vertrags, der weder Kauf noch kaufähnlich ist, z. B. durch Schenkung, so wird das Vorkaufsrecht vereitelt; ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Verpflichteten steht dem Berechtigten nicht zu.

Dieses Ergebnis erscheint um so annehmbarer, als das Gesetz im § 507 BGB. eine in gewisser Beziehung analoge Bestimmung enthält: Hat der Dritte wesentliche Nebenleistungen übernommen, so kann ein Vorkaufsrecht nur dann geltend gemacht werden, wenn der Berechtigte diese Nebenleistungen zu bewirken in der Lage ist oder sie in Geld abschätzbar sind.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat in seinem § 504, der die Voraussetzung zur Vorkaufsbetätigung dann für gegeben erklärt, wenn der Verpflichtete mit dem Dritten einen Kaufvertrag geschlossen hat, die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob für die Ausübung des Vorkaufsrechts der Moment der Veräußerungsabsicht oder des Vertragsangebots oder des Vertragsabschlusses maßgebend sei, endgültig in letzterem Sinne entschieden. Es ergibt sich somit ein weiterer wichtiger Punkt für unsere Betrachtungen: Der Vertrag, den der Miterbe mit dem Dritten über den Erbteil eingeht, muß abgeschlossen sein. Es genügt daher nicht ein bloßer Kaufantrag des Dritten, noch weniger die Anbahnung von Unterhandlungen. Freilich liegt darin eine beträchtliche Einschränkung der Verkehrsfähigkeit eines Erbteils wie jedes Vorkaufsgegenstands. Der Kaufliebhaber wird in der Regel die Abgabe einer bindenden Erklärung vor Beseitigung des Vorkaufsrechts ablehnen, während andererseits der Vorkaufsberechtigte vor Abschluß des Kaufvertrags sich über die Ausübung seines Rechts nicht äußern braucht und wird. Daran wird häufig der Kauf zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten scheitern; dies läßt sich aber,

---

[1]) vgl. Engelmann S. 415.

[2]) So auch in der gemeinrechtlichen Literatur; vgl. auch ALR. I, 20 § 576 und sächs. BGB. § 1119.

wie Immerwahr[1]) mit Recht ausführt, nicht ändern: es gehört zu den Mißständen, die sich an das Vorkaufsrecht heften. Die Gesetzgeber[2]) haben aus guten Gründen vermieden, die Geltendmachung des Vorkaufsrechts an eine bloße Bereitwilligkeit des Dritten zu knüpfen. Denn abgesehen davon, daß eine solche Bereitwilligkeit ein juristisch schwer zu umgrenzender Begriff ist, würde dem Verpflichteten die Möglichkeit gegeben sein, jemand, der ernstlich gar nicht zu kaufen beabsichtigt, als Kaufliebhaber vorzuschieben und den Berechtigten damit in die Zwangslage zu setzen, entweder den Kauf unter den mitgeteilten Bedingungen abzuschließen oder auf sein Vorkaufsrecht zu verzichten. Der letztere Gesichtspunkt erscheint gerade im Hinblick auf das gesetzliche Vorkaufsrecht und den Zweck, den es zu erfüllen berufen ist, besonders einleuchtend.

Ist der Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten geschlossen, so kann natürlich nicht durch spätere Vereinbarung unter den Kaufgenossen die einmal für den Berechtigten geschaffene Rechtsposition zu seinen Ungunsten geändert werden; so schadet es nichts, wenn der Dritte nachträglich vom Kaufe zurücktritt oder den Kauf wandelt.[3])

Aus § 504 BGB. ergibt sich weiterhin, daß der Kaufvertrag zwischen dem Dritten und dem Verpflichteten auch unter einer Bedingung abgeschlossen sein kann, ohne daß dadurch das Vorkaufsrecht vereitelt würde; denn ein bedingter Kauf ist immerhin Kauf, genügt also, eine gegenwärtige Befugnis des Berechtigten zu schaffen.[4]) Wie weit der Vorkäufer an solche Bedingungen gebunden ist, wird der § 8 dieser Darstellung zeigen. Eine Bedingung aber hat das Gesetz ausdrücklich als „dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam" bezeichnet: Die Vereinbarung des Verpflichteten mit dem dritten Käufer, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, kann gegen den Berechtigten nicht geltend gemacht werden (§ 506 BGB.).[5]) Das Vorkaufsrecht reift daher auch in diesem Falle heran, die einer Abmachung nach § 506 BGB. meist zugrunde liegende Absicht, das Vorkaufsrecht zu vereiteln, kann nicht durchgeführt werden.

---

[1]) S. 317; vgl. auch Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 110 Anm. 5.

[2]) vgl. Prot. Bd. 2 S. 95 f.; Mot. Bd. 2 S. 345.

[3]) vgl. Fischer-Henle S. 285 zu § 510 Anm. 2; Crome Bd. 2 S. 495.

[4]) vgl. Oertmann S. 432.

[5]) Ihre Wirksamkeit zwischen Verpflichtetem und Drittem bleibt aber unberührt.

Endlich muß der zwischen dem Veräußerer des Erbteils und dem Dritten geschlossene Vertrag materiell und formell rechtsgültig sein; denn der Veräußerer wird dem Berechtigten gegenüber nur insoweit verpflichtet, als er es dem Dritten gegenüber ist. Ist daher der Vertrag mit dem Dritten nichtig, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts unwirksam; ist der Vertrag anfechtbar, so verliert die Ausübung durch die erfolgte Anfechtung ihre Wirkung.[1]) Wann der Kaufvertrag nichtig, wann anfechtbar ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften. So sind materielle Nichtigkeitsgründe: Mangel der Geschäftsfähigkeit (§§ 105, 108 BGB.), Mentalreservation mit Kenntnis auf Gegenseite (§ 116 Satz 2 BGB.), Schein (§ 117 BGB.), mangelnder Ernst (§ 118 BGB.), unerlaubter Inhalt (§ 138 BGB.), materielle Anfechtungsgründe: Irrtum (§ 119 BGB.), unrichtige Übermittlung (§ 120 BGB.), Täuschung und Drohung (§ 123 BGB.).

In Ansehung der formellen Gültigkeit ist als besonders wichtig hervorzuheben, daß der Vertrag, durch den ein Miterbe seinen Anteil verkauft, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf. Ermangelt diese vom Gesetz (§ 2371 BGB.) vorgeschriebene Form, so ist der Vertrag nichtig (§ 125 BGB.), das Vorkaufsrecht undurchführbar. Hieran knüpft sich eine Streitfrage, zu deren Charakterisierung die Darlegung des schon öfters angedeuteten Unterschieds zwischen den Rechtsverhältnissen der §§ 2371 u. 2033 Abs. 1 BGB. unerläßlich ist.

§ 2371 BGB. bestimmt: „Ein Vertrag, durch den der Erbe die ihm angefallene Erbschaft verkauft,[2]) bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung". Diese Vorschrift über den „Erbschaftskauf" findet auch auf den Verkauf bezw. die sonstige Veräußerung eines Erbanteils Anwendung.[3]) Eine solche Veräußerung des Erbteils ist aber wesentlich verschieden von der „Verfügung" über den Anteil gemäß § 2033 Abs. 1 BGB. Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch welches unmittelbar ein Recht übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird, nicht aber ein Rechtsgeschäft obligatorischen Inhalts; es muß vielmehr scharf unterschieden werden, ob ein Rechtsgeschäft nur die Verpflichtung zu einer Verfügung begründet oder selbst schon Verfügung ist.[4]) Das Veräußerungsgeschäft nach § 2371 BGB. ist aber nur obligatorischer Vertrag: durch ihn wird der Alleinerbe, der über die Erb-

[1]) vgl. Planck Bd. 2 S. 413.

[2]) Oder sonst veräußert (§ 2385 BGB.).

[3]) vgl. § 1922 Abs. 2 BGB.; Planck Bd. 5 S. 932f.; Staudinger Bd. 5 S. 763.

[4]) vgl. Planck Bd. 1 S. 186; ferner EJG. Bd. 1 S. 136, Bd. 2 S. 248, Bd. 3 S. 63 und RGStr. Bd. 35 S. 203, 402.

schaft als „Ganzes“ nicht verfügen darf,[1]) d. h. sie nicht dinglich übertragen kann, verpflichtet, die einzelnen zur Erbschaft gehörigen Gegenstände durch die entsprechenden Übertragungsakte nach § 2374 BGB. zu übertragen; dem Miterben dagegen stehen vor Auseinandersetzung des Nachlasses[2]) Ansprüche auf einzelne Bestandteile der Erbschaft nicht zu, er kann sie deshalb weder abtreten noch verkaufen;[3]) dagegen ist ihm die Übertragung des Erbteils als Ganzes durch einen einheitlichen Akt der dinglichen Verfügung gemäß § 2033 Abs. 1 BGB. gestattet; demgemäß wird der Miterbe durch den obligatorischen Vertrag des § 2371 BGB. dahin verpflichtet, seinen Anteil als Ganzes zu übertragen.[4]) Der Vertrag nach § 2371 BGB., durch den der Miterbe seinen Erbteil verkauft, ist somit nur die rechtliche Grundlage (causa) für den Vertrag, durch den er über seinen Erbteil nach § 2033 Abs. 1 BGB. verfügt. Freilich können beide Verträge, die beide der gleichen Form bedürfen, in einem Akt vereinigt werden (wie häufig auch bei Kauf und Auflassung von Grundstücken), begrifflich aber sind sie scharf zu trennen.[5])

Die hiermit zusammenhängende und für unsere Darstellung maßgebende Streitfrage ist nun die: Kann das Vorkaufsrecht ausgeübt werden, wenn der Verkauf des Erbteils dem Formerfordernis des § 2371 BGB. nicht entsprach, dagegen die Übertragung des Erbteils auf den Dritten in der nach § 2033 Abs. 1 BGB. vorgeschriebenen Weise erfolgte? Schmige[6]) glaubt diese Frage verneinen zu müssen, indem er argumentiert: Der Kaufvertrag ist nach § 125 Satz 1 BGB. nichtig; der Miterbe ist daher zur Übertragung des Erbteils nicht verpflichtet; erfolgt eine Übertragung doch, so kann der Miterbe den Erbteil auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern; die Übertragung bleibt zwar gültig, da aber ein gültiger Kauf nicht zustande gekommen sei, könne auch das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt werden.

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 353; Prot. Bd. 2 S. 115; Staudinger Bd. 5 S. 765; Endemann Bd. 3 S. 362.

[2]) Nach der Auseinandersetzung wird der Miterbe durch den Erbschaftskauf wie ein Alleinerbe verpflichtet; vgl. Staudinger Bd. 5 S. 765; Planck Bd. 5 S. 933.

[3]) vgl. RG. Bd. 61 S. 76.

[4]) vgl. OLG. Bd. 8 S. 299; ObLG. Bd. 4 S. 28, 186; EFG. Bd. 6 S. 115.

[5]) vgl. Planck Bd. 5 S. 250; Staudinger a. a. O.; Strohal Bd. 2 S. 95 ff.; Binder Bd. 3 S. 96; Schmige, S. 29 ff.; and. M. Wendt S. 424, 433—435.

[6]) S. 16 f.

Demgegenüber macht Strohal[1]) geltend, hier müsse der § 313 Satz 2 BGB., der für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück bestimmt, daß die (formgerechte) Auflassung und Eintragung im Grundbuch den Formmangel des zugrunde liegenden Kaufvertrags heile, entsprechend angewendet werden: die Formerfüllung nach § 2033 Abs. 1 BGB. heile also den Formmangel nach § 2371 BGB., der nichtige, obligatorische Vertrag werde durch formentsprechende dingliche Übertragung gültig.

Aber auch ohne dieser immerhin bedenklichen Auffassung Strohals beizupflichten,[2]) werden wir die oben aufgeworfene Frage in bejahendem Sinne beantworten können. Wir nehmen an, daß die gerichtliche bezw. notarielle Beurkundung der Erbteilsübertragung die Nichtigkeit der formermangelnden Erbteilsveräußerung nicht aufzuheben vermöge; Veräußerer und Erwerber können daher gemäß § 812 BGB. Anteil und Kaufpreis zurückfordern. Machen sie von diesem Recht Gebrauch, so wird zweifellos das Vorkaufsrecht vereitelt. Tun sie dies aber nicht und geben sie damit zu erkennen, daß sie auch den Erbteilskauf als gültig ansehen wollen, so wird man das Gesetz auch de lege lata dahin interpretieren dürfen, daß ein Vorkaufsrecht — dem Erwerber nach § 2035 BGB. gegenüber — geltend gemacht werden kann. Wille des Gesetzes ist, wie aus § 2035 BGB. deutlich hervorgeht, daß der Vorkauf auch nach einer rechtsgültigen Übertragung des Erbteils durchführbar ist. Stellt man sich aber auf den Standpunkt Schmiges, so kommt man zu dem Ergebnis, daß dieser Gesetzeswille auf die denkbar einfachste Weise umgangen werden kann: der veräußernde Miterbe und der Dritte schließen einen der Form des § 2371 BGB. ermangelnden Kaufvertrag, der Anteil wird dann gemäß § 2033 Abs. 1 BGB. übertragen, keine Partei macht ein Rückforderungsrecht geltend, und — das Vorkaufsrecht des Miterben ist illusorisch geworden: der Berechtigte könnte ja im gegebenen Falle die Nichtigkeit des Übertragungsakts im Wege der Feststellungsklage nach § 256 ZPO. zur Geltung bringen;[3]) dagegen ist er nicht befugt, aus der Nichtigkeit des obligatorischen Kaufvertrages seinerseits ein Zurückforderungsrecht herzuleiten; es würde ihm nicht einmal ein Schadensersatzanspruch gegenüber dem Verkäufer zustehen, da ein gültiger Kauf nicht geschlossen war. Dieses offenbar dem Willen des Ge-

[1]) Strohal Bd. 2 S. 96f. und mit ihm Wilke S. 99.

[2]) Gegen Strohal auch Planck Bd. 5 S. 935; Matthiaß Bd. 2 S. 589; Binder Bd. 3 S. 97; „de lege lata" auch Staudinger Bd. 5 S. 765.

[3]) Die Nichtigkeit geltend zu machen, ist jeder berechtigt, dessen Interessen durch das nichtige Geschäft betroffen werden (RG. Bd. 24 S. 177).

setzes widersprechende Resultat wird durch unsere Auffassung vermieden.

Zum Schlusse dieser Darlegung sei noch erwähnt, daß die Mitteilung, die der veräußernde Miterbe vom Abschluß des Kaufvertrags bezw. von der Übertragung des Erbteils gemäß § 510 bezw. § 2035 Abs. 2 BGB. zu machen hat, keine Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts darstellt; denn auch ohne solche Mitteilung kann das Vorkaufsrecht vom Moment des Kaufabschlusses an betätigt werden.[1])

§ 6.

Berechtigte und Verpflichtete und deren Rechte und Pflichten bis zur Ausübung des Vorkaufsrechts.

Das Vorkaufsrecht stellt, wie wir sahen, Berechtigte und Verpflichtete gegenüber. Auf die Frage, welche Personen beim Vorkaufsrecht der §§ 2034 ff. BGB. als Berechtigte und Verpflichtete in Betracht kommen, gibt das Gesetz die Antwort: „die Miterben". Im ersten Stadium unseres Vorkaufsrechts sind alle Miterben gegenseitig bedingt berechtigt, alle gegenseitig bedingt verpflichtet. Im zweiten Stadium treten mit dem Verkauf des Erbteils einem bestimmten, dem verkaufenden Miterben die andern insgesamt als zur Ausführung des Vorkaufsrechts befugt gegenüber. Im dritten Stadium ändert sich Art und Umfang der Rechte und Pflichten; dies zu zeigen sowie die sogen. „dingliche" Wirkung des Vorkaufsrechts zu erhellen, die mit der Übertragung des Erbteils den Erwerber statt des Verkäufers als Verpflichteten[2]) erscheinen läßt, sei erst der folgenden Darstellung (§§ 7 u. 8) vorbehalten.

„Miterben" sind die Genossen der Erbengemeinschaft; Erbengemeinschaft tritt mit dem Tode des Erblassers ein, wenn dieser mehrere Erben (nicht einen Erben und im übrigen nur Pflichtteilsberechtigte, nicht einen Vorerben und Nacherben) hinterläßt, und endigt in der Regel mit der Auseinandersetzung des Nachlasses.[3])

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 348; Katz S. 58.

[2]) Nur für diesen Fall sagt Staudinger Bd. 5 S. 280 mit Recht: ein Miterbe kann nicht Verpflichteter sein.

[3]) vgl. unten S. 55 f. Die Dauer der Erbengemeinschaft kann sehr verschieden sein, da die Auseinandersetzung durch letztwillige Verfügung auf die Dauer von 30 Jahren durch Gesetz und durch Parteiwillen ausgeschlossen sein kann (§§ 2043 bis 2045 BGB.). Im allgemeinen aber ist die Erbengemeinschaft nur als Zwischenzustand von kurzer Dauer aufzufassen; vgl. z. B. Art. 4 des bayer. Ges., das Nachlaßwesen betr. v. 9. 8. 1902, der im Anschluß an § 192 FGG. bestimmt, daß in der Regel das Nachlaßgericht die Auseinandersetzung von Amts wegen vorzunehmen hat, wenn sie innerhalb von zwei Monaten durch die Miterben nicht bewirkt ist.

So einfach nun der Begriff „Miterben" erscheint, so ergibt sich doch eine Reihe rechtlicher Komplikationen bei seiner näheren Zergliederung.

Zunächst ist die Übertragbarkeit und Vererblichkeit unseres Vorkaufsrechts zu prüfen. Das Vorkaufsrecht des Miterben weicht in diesen Punkten von dem persönlichen Vorkaufsrecht der §§ 504 ff. BGB. wesentlich ab. Letzteres ist im Zweifel nur dann vererblich, wenn es auf bestimmte Zeit beschränkt ist (§ 514 BGB.). Für das Vorkaufsrecht des Miterben bestimmt dagegen der § 2034 Abs. 2 Satz 2 BGB.: „Das Vorkaufsrecht ist vererblich". Diese Vorschrift erscheint selbstverständlich, da die Erben eines Miterben kraft Gesetzes in die Erbengemeinschaft als Gemeinschafter mit allen Rechten und Pflichten eintreten (§ 1922 BGB.). Es dürfte sich aber aus der Vorschrift des § 2034 Abs. 2 Satz 2 BGB. weiter ergeben, daß das Vorkaufsrecht auch losgetrennt vom Erbteil durch Verfügung von Todes wegen übergehen kann. Der mit einem solchen Vermächtnis Bedachte wird gegebenenfalls zusammen mit den anderen Miterben das Vorkaufsrecht insoweit ausüben können, als der verstorbene Miterbe berechtigt gewesen wäre.

Während das persönliche Vorkaufsrecht durch Vertrag übertragbar gemacht werden kann (§ 514 BGB.), ist dies bei den ein ius cogens enthaltenden Vorschriften der §§ 2034 ff. BGB. unmöglich: das Vorkaufsrecht des Miterben kann selbständig, d. h. ohne den Anteil am Nachlasse unter Lebenden nicht übertragen werden;[1]) es ist daher für sich allein auch nicht pfändbar (§ 851 ZPO.).

Da das Vorkaufsrecht des Miterben mit dem Erbteil fest verbunden ist, ergibt sich andererseits als notwendige Folge, daß jeder, der gemäß § 2033 BGB. endgültig an die Stelle eines Miterben in die Erbengemeinschaft eingetreten ist, als Vorkaufsberechtigter und -verpflichteter anzusehen ist. Gleichgültig bleibt hierbei, ob ein solcher „extraneus" dadurch in die Erbengemeinschaft eintrat, daß die Miterben des Veräußerers das Vorkaufsrecht nicht ausüben *wollten* (z. B. weil ihnen der Dritte als angenehmer Gemeinschafter erschien), oder daß die Miterben des Veräußerers das Vorkaufsrecht nicht ausüben *konnten* (z. B. weil der Erbteil verschenkt oder im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft wurde). Diese Ansicht, die in der Literatur fast überall

---

[1]) Anders, sobald das Vorkaufsrecht ausgeübt ist (3. Stadium); hier kann der Anspruch des Berechtigten auf Übertragung des Erbteils selbstverständlich gepfändet werden.

Eingang gefunden hat,[1]) wird um so mehr zu verteidigen sein, als durch sie, wie Strohal mit Recht ausführt, die vom Gesetz entschieden begünstigte Vereinigung von Erbschaftsanteilen in einer Hand erleichtert wird. Das Vorkaufsrecht, das vom Erbteil durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht getrennt werden kann, geht daher nicht unter, wenn die Voraussetzungen zur Ausübung bei einer Veräußerung des Erbteils nicht vorgelegen haben: in dem neuen Erwerber leben Berechtigung und Verpflichtung im alten Umfang wieder auf.

Erfolgt der Verkauf des Anteils am Nachlasse im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter, so sind die Verkäufer, wie wir erwähnten, nicht vorkaufsverpflichtet. Schwieriger gestaltet sich die Frage, ob der Konkursverwalter oder der Pfandgläubiger eines Erbteils vorkaufsberechtigt ist.

Gegen das Vorkaufsrecht des Konkursverwalters sprechen sich Staudinger[2]) und Jaeger[3]) aus. Letzterer beruft sich darauf, daß das Vorkaufsrecht des Miterben schlechthin unübertragbar sei, und daß dem Erbenretrakt familienrechtliche Natur zugrunde liege. Dagegen wendet Planck[4]) ein: „Nach Bürgerlichem Gesetzbuch kommt dem Vorkaufsrecht des Miterben familienrechtlicher Charakter gewiß nicht zu, auch ist dieses Recht nur in dem Sinne unübertragbar, als es vom Anteil am Nachlasse, mit dem es verbunden ist, nicht abgelöst werden kann; seinem Zwecke entsprechend muß unser Vorkaufsrecht im Falle einer endgültigen Übertragung eines Anteils am Nachlasse mit diesem auf den Erwerber übergehen. Die Bedenken Jaegers, die überdies auch ungewiß lassen, wie es im vorausgesetzten Fall eines Konkurses über das Vermögen des Miterben mit dem Vorkaufsrecht des Miterben gehalten werden soll, schlagen also nicht durch". Die Ausführungen Plancks sind an sich zweifellos richtig, sie widerlegen aber u. E. das von Jaeger Vorgebrachte insofern nicht, als der Konkursverwalter nicht endgültiger Erwerber des Anteils, sondern eben nur „Ver-

---

[1]) So Planck Bd. 5 S. 255; Staudinger Bd. 5 S. 280; Strohal Bd. 2 S. 100 Anm. 23; Kreß S. 188 Anm. 28; Schmige S. 12 f.; and. M. noch Strohal 2. Aufl. S. 347; Barthelmeß S. 51; Binder Bd. 3 S. 125 Anm. 126, der einen solchen extraneus zwar für vorkaufsberechtigt, aber nicht für vorkaufsverpflichtet hält; ebenfalls and. M. Entsch. d. KG. v. 26. 9. 1904 (OLG. Bd. 9 S. 388) mit der Begründung: es erhelle schon aus § 2373 BGB., daß der Erwerber nicht völlig an die Stelle des Veräußerers eintrete; dagegen ist einzuwenden, daß § 2373 BGB. eben eine Ausnahme der Regel bildet, während eine gesetzliche Bestimmung, daß der Erwerber des Erbteils nicht vorkaufsberechtigt und -verpflichtet ist, oder daß überhaupt die subjektiven Erbenrechte nicht übergehen, nicht besteht (vgl. auch unten S. 47 Anm. 1).

[2]) Bd. 5 S. 280.

[3]) Jaeger, KO. S. 22 Anm. 32 zu § 1.

[4]) Bd. 5 S. 255.

walter" desselben ist. Da aber der in Konkurs geratene Miterbe das Vorkaufsrecht nicht ausüben kann, weil er nicht mehr verfügungsfähig ist (§ 6 KO.), der Konkursverwalter nicht, weil ihm der Erbteil nicht übertragen ist, so wird das Vorkaufsrecht erst dann wieder begründet, wenn der Erbteil endgültig einem neuen Erwerber zusteht.

Bezüglich des Pfandgläubigers eines Erbteils führt Binder,[1] nachdem er die Untrennbarkeit des Erbrechts und des Rechts am Nachlasse hervorgehoben und daraus die scheinbar mißliche Konsequenz gezogen hat, daß durch Verpfändung des Erbteils ein Recht an dem subjektiven Erbenrecht begründet werde, mit Recht aus: „Die Sache liegt hier nicht anders als bei allen anderen privaten Mitgliedschaftsrechten, die auch keineswegs ausschließlich einen vermögensrechtlichen Charakter haben; man wird annehmen müssen, daß sie dem Pfandgläubiger insoweit zustehen, als dies für die Realisierung des Vermögenswertes des gepfändeten Rechts erforderlich ist".

Die Ausübung des Vorkaufsrechts ist aber für die Umsetzung des gepfändeten Anteils in Vermögenswerte zweifellos nicht erforderlich. Der Pfandgläubiger kann daher, wie der Konkursverwalter, ein Vorkaufsrecht nicht ausüben. Die gegenteilige Ansicht würde uns auch zu dem sicher unbefriedigenden Resultate führen, daß der Konkursverwalter und Pfandgläubiger eine bessere Rechtsstellung innehätten als der Miterbe selbst: sie wären verkaufsberechtigt, ohne daß ihnen gegenüber beim Verkauf ein Vorkaufsrecht geltend gemacht werden könnte.[2]

Nachdem wir im vorausgegangenen den Begriff „Miterben" detailliert haben, ist im folgenden auf eine Beschränkung hinzuweisen, die der Ausübung des Vorkaufsrechts durch die berechtigten Miterben auferlegt ist, sowie die Anzeigepflicht des veräußernden Miterben zu schildern. Die erwähnte Beschränkung ergibt sich aus § 2034 Abs. 1 mit § 513 Satz 1 BGB. und besteht darin, daß das Vorkaufsrecht nur von der Gesamtheit der berechtigten Miterben, nicht aber von dem einzelnen Miterben[3] geltend gemacht werden

---

[1] Bd. 3 S. 95 f.

[2] Dies ist auch gegen die auf S. 31 Anm. 1 erwähnte Ansicht Binders anzuführen. — Wird der Anteil auf Grund des Pfandrechts verkauft, so ist der neue Erwerber natürlich vorkaufsberechtigt und -verpflichtet.

[3] Dem einzelnen Miterben gewährt die Ausübung der deutschrechtliche Retrakt (vgl. art. 841 code civil); auch ein Antrag in der 2. Kommission (Prot. Bd. 5 S. 839, Bd. 6 S. 318) bezweckte eine ähnliche Regelung des Vorkaufsrechts: „Verkauft ein Miterbe seinen Anteil ganz oder teilweise an einen Dritten, so hat jeder andere Miterbe, solange die Erbengemeinschaft besteht, das Recht zum Vorkaufe".

kann; aus dieser Bestimmung ergeben sich zweifellos Schwierigkeiten für die Ausübung des Rechts; sie ist aber keineswegs, wie Endemann[1]) meint, unbillig und unbegründet. Denn jeder berechtigte Miterbe hat Interesse daran, daß er bei der Ausübung nicht durch einen anderen, sich rascher erklärenden Gemeinschafter ausgeschlossen werde. Zudem wirkt der Umstand, daß für einen Miterben das Vorkaufsrecht erloschen ist (ihm ist z. B. früher als dem anderen der Verkauf des Erbteils mitgeteilt worden und er hat die ihm gegenüber daher früher ablaufende Frist des § 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB. verstreichen lassen), oder daß ein Miterbe ausdrücklich oder stillschweigend auf das Recht verzichtet, nur für den betreffenden Berechtigten und berührt das Recht der übrigen Miterben nicht. Dies ergibt sich schon aus Analogie des § 432 Abs. 2 BGB., ist aber noch besonders festgesetzt durch § 513 Satz 2 BGB., der bestimmt: „Ist es (das Vorkaufsrecht) für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht im ganzen auszuüben". Wille des Gesetzgebers ist es sonach, daß jeder Miterbe nicht einzeln bezw. nicht der zuerst die Befugnis ausübende allein das Vorkaufsrecht geltend machen kann, so daß kein Miterbe ein Vorrecht vor dem anderen haben soll. Es sollen aber auch die übrigen Miterben nicht ausgeschlossen sein, wenn einer oder mehrere ihr Recht verloren haben; da das Vorkaufsrecht eine unteilbare Befugnis darstellt, so ist es selbstverständlich, daß dasselbe von den übrigen Miterben nicht nach Verhältnis ihrer Erbteile, sondern nur im ganzen ausgeübt werden kann.[2])

Ebenso selbstverständlich ist, daß beim Vorhandensein nur zweier Miterben der eine allein den Vorkauf betätigen kann, wenn der andere sein Erbteil verkauft.

Für den verkaufenden Miterben besteht im zweiten Stadium des Vorkaufsrechts noch keine Verpflichtung, eine das Vorkaufsrecht erschöpfende Leistung zu vollbringen;[3]) dagegen ist er zu einer Hilfshandlung, einer doppelten Mitteilungspflicht, verbunden, die das Gesetz ihm als praktische Konsequenz des Vorkaufsrechts auferlegt: er hat, sobald er den Kaufvertrag mit dem Dritten abgeschlossen hat, sobald also die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts wirklich gegeben sind, dem Berechtigten von der Tatsache und dem Inhalte des Vertrags Kenntnis zu geben (§ 510 Abs. 1 BGB.); er hat fernerhin, sobald er den Anteil auf den Käufer übertragen hat, auch hiervon Nachricht zu erstatten

---

[1]) Bd. 3 S. 482 Anm. 12; gegen ihn auch Schmige S. 12.
[2]) vgl. Aron S. 655.
[3]) vgl. oben S. 11.

(§ 2035 Abs. 2 BGB.). Beide Mitteilungen müssen unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Verzögern (§ 121 Abs. 1 BGB.), erfolgen; fällt Verkauf und Übertragung des Erbteils zeitlich zusammen, so müssen beide Mitteilungen zugleich gemacht werden. Die Auskunft hat eine möglichst vollständige zu sein[1]) und allen Berechtigten gegenüber zu erfolgen. Die Mitteilung ist ein einseitiges empfangsbedürftiges, an keine Form gebundenes[2]) Rechtsgeschäft; sie kann durch Mitteilung des Dritten (Käufers) ersetzt werden, dessen begreifliches Interesse, möglichst bald von der Ausübung bezw. Nichtausübung des Vorkaufsrechts Kenntnis zu erhalten, der Gesetzgeber damit berücksichtigt (§ 510 Abs. 1 Satz 2 BGB.). Erfolgt weder von seiten des Verpflichteten noch von seiten des Dritten unverzüglich eine ausreichende Mitteilung, so hat der Verpflichtete nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 249 ff. BGB. den Schaden zu ersetzen. Er kann sich hierbei nicht darauf berufen, daß der Berechtigte den Vertrag mit dem Dritten kannte.[3]) Meist wird allerdings dem berechtigten Miterben ein besonderer Schaden durch Nichtmitteilung des Erbteilkaufs und -übergangs nicht erwachsen, da er einerseits sein Recht gegenüber dem Erwerber und jedem weiteren Inhaber des Erbteils ausüben kann, andererseits eine Ausschlußfrist erst mit der vollständigen Mitteilung zu laufen beginnt.

Diese Ausschlußfrist bildet eine weitere Beschränkung der Miterbenberechtigung. § 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB. sagt: „Die Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechts beträgt zwei Monate". Erklären sich die Berechtigten innerhalb dieser Zeit nicht über die Ausführung des Vorkaufs, so erlischt für diesen Verkaufsfall ihr Vorkaufsrecht.[4])

Die zweimonatliche Frist beginnt mit dem Augenblicke, in dem die Berechtigten die Mitteilung, sei es vom Verkäufer, sei es vom Käufer des Anteils empfangen. Ob für den Lauf der Frist allein die Mitteilung von dem Abschlusse des Vertrags nach § 510 BGB. maßgebend ist, oder ob durch eine spätere Mitteilung der Übertragung des Erbteils nach § 2035 Abs. 2 BGB. eine neue

---

[1]) Auch der Name des Käufers muß genannt sein; vgl. Mot. Bd. 2 S. 352; Dernburg Bd. 2 Abt. 2 S. 142 Anm. 17; Matthiaß Bd. 1 S. 468; Katz S. 73; and. M. Jäger S. 96.

[2]) Da sie jedoch eine Erklärung darstellt, an deren Empfang gewollte Rechtsfolgen geknüpft sind (daher auch „Rechtsgeschäft"), so wird es sich empfehlen, eine Form zu wählen, die den Beweis für den richtigen Empfang sicherstellt; vgl. Immerwahr S. 322.

[3]) vgl. Jäger S. 97.

[4]) Für die Befristung des persönlichen und dinglichen Vorkaufsrechts vgl. § 510 Abs. 2 BGB.

Frist beginne, ist bestritten. Planck[1]) schließt aus der Fassung und aus der Aufeinanderfolge der §§ 2034 u. 2035 BGB., daß nur die erstere Anschauung der Absicht des Gesetzes entsprechen könne, obgleich er sich die sich hieraus ergebenden bedenklichen Folgen nicht verhehlt. Unseres Erachtens ist der letztere, von Strohal[2]) vertretene Standpunkt der richtigere: die Mitteilung gemäß § 510 BGB. muß eine vollständige sein; beim Verkauf eines Erbteils ist die Mitteilung nur dann eine vollständige, wenn im Falle der Übertragung auch diese unverzüglich vom Verkäufer oder Käufer[3]) mitgeteilt wird; die Auskunftspflicht des § 2035 Abs. 2 BGB. ist demnach als Ergänzung der Auskunftspflicht des § 510 BGB. aufzufassen. Da aber die Präklusivfrist des § 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB. erst von dem Augenblick der vollständigen Mitteilung an zu laufen beginnt, so wird man annehmen müssen, daß im Falle einer nachträglichen Benachrichtigung gemäß § 2035 Abs. 2 BGB. der Empfang dieser Mitteilung für den Beginn der zweimonatlichen Frist maßgebend ist. Dabei fragt es sich allerdings, ob eine solche Mitteilung der Erbteilsübertragung auch dann noch erforderlich ist, wenn seit der Mitteilung des Kaufvertrags bis zur Übertragung mehr als zwei Monate verstrichen sind. Schmige[4]) bejaht dies und kommt daher zu dem Ergebnis, daß die Frist für die Betätigung des Vorkaufsrechts des Miterben überhaupt erst mit der Mitteilung der Übertragung beginnen könne; er begründet diese Ansicht merkwürdigerweise damit, daß auch der Käufer in seinem Interesse auf baldmögliche Gewißheit geschützt werden müsse. Dagegen spricht: Der Käufer eines Erbteils wird die Übertragung desselben, mit der er die Haftung für die Nachlaßschulden übernimmt, häufig nicht eher vornehmen lassen wollen, als bis die Berechtigten ihr Vorkaufsrecht nicht mehr zur Geltung zu bringen vermögen; nach der Auffassung Schmiges wäre dies unmöglich, da die Frist erst mit der Mitteilung der Übertragung laufen könnte und damit gerade die zu vermeidende Ungewißheit möglicherweise zwei Monate länger dauerte. Sicher nicht die Absicht des Gesetzes! Unsere Auffassung geht dahin: Ist die Frist von zwei Monaten nach Mitteilung des Kaufs verstrichen und wird der Erbteil dann übertragen, so braucht der Verkäufer weder eine Benachrichtigung von der Übertragung erfolgen lassen noch begründet eine trotzdem erfolgte Benachrichtigung den Lauf einer neuen Frist. Übrigens

---

[1]) Bd. 5 S. 256.
[2]) Bd. 2 S. 102.
[3]) Oder im Falle des § 2037 BGB. auch von dem weiteren Erwerber.
[4]) S. 49 ff.

wird der Fall im Hinblick auf das S. 29 Anm. 3 Gesagte selten zur praktischen Bedeutung gelangen.

Nicht richtig ist u. E. ferner die Ansicht Schniges,[1] daß, im Falle ein Miterbe die Mitteilung des Verpflichteten später erhält als ein anderer, die Frist erst mit dem spätesten der hiernach in Betracht kommenden Zeitpunkte beginne. Da das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorschreibt, hierfür auch kein Grund vorhanden wäre, so dürfte feststehen, daß für jeden Miterben einzeln die Frist von dem Augenblick seiner Empfangnahme der Mitteilung an berechnet werden muß.

Die Einzelheiten dieser Berechnung führen die §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 u. 3 und 193 BGB. auf; der Lauf der Frist wird, wie bei Präklusivfristen der Regel nach überhaupt, durch die für Verjährungsfristen geltenden Hemmungsgründe nicht berührt.[2]

§ 7.

Ausübung des Vorkaufsrechts des Miterben.

Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch formlose Erklärung der Berechtigten oder ihrer Stellvertreter. Die Erklärung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, zwar Rechtsgeschäft, aber natürlich kein Vertrag oder Vertragsantrag,[3] wenngleich sie das Zustandekommen eines selbständigen Kaufs bewirkt. Sie hat von allen Berechtigten gemeinsam[4] und innerhalb der zweimonatlichen Frist zu geschehen, widrigenfalls ein Vorkauf nicht zustande kommt. Die Erklärung ist vom Formzwang befreit, weil dadurch nach Ansicht der Motive[5] nutzlose Weiterungen vermieden werden; sie ist unwiderruflich, ein nachträglicher Verzicht auf das Vorkaufsrecht unwirksam;[6] die ausdrückliche Annahme durch den Erklärungsempfänger ist nicht erforderlich, selbst durch seinen Widerspruch wird sie nicht entkräftet.[7] Wie die Erklärung erfolgt, ob durch Worte oder konkludente Handlungen, muß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bedeutungs-

---

[1] S. 23; ebenso Borcherdt S. 177.

[2] vgl. Prot. Bd. 6 S. 383.

[3] Daher kommt, wenn z. B. eine Ausübungserklärung abgegeben wird, obgleich ein wirksamer Kaufvertrag zwischen Verpflichtetem und Drittem gar nicht vorliegt, nicht etwa durch bloße Annahme dieser Willenserklärung von seiten des Verpflichteten ein Kauf zwischen diesem und dem Berechtigten zustande.

[4] Natürlich braucht sie deswegen nicht in einem Akt abgegeben werden.

[5] Bd. 2 S. 346 f.

[6] vgl. Müller-Meikel Bd. 1 S. 414; Cosack Bd. 1 S. 466.

[7] vgl. Immerwahr S. 325; Katz S. 63.

los erscheinen, nur muß ihr Inhalt deutlich zu erkennen geben, daß das Vorkaufsrecht ausgeübt wird. Ist der Erklärungsempfänger geschäftsunfähig, so wird sie nicht wirksam, bevor sie seinem gesetzlichen Vertreter zugeht; ist er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so wird sie ihm gegenüber wirksam abgegeben, da der gesetzliche Vertreter schon zu dem die Voraussetzung der Vorkaufsbetätigung bildenden (wirksamen) Kaufvertrag mit dem Dritten seine Einwilligung erteilt haben muß (§ 131 BGB.).

Im übrigen unterliegt die Ausübungserklärung, insbesondere in Ansehung der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Für einen bestimmten Fall hat das Reichsgericht[1]) die Wirksamkeit der Ausübung besonders festgestellt: Die Geltendmachung des Vorkaufsrechts kann in der Absicht geschehen, den verkauften Erbteil dem verkaufenden Miterben wieder zu verschaffen. Der Dritte kann eine solche Ausübung des Vorkaufsrechts selbst dann nicht anfechten, wenn der Verpflichtete mit dem Berechtigten die Ausübung des Vorkaufsrechts zu diesem Zwecke vereinbart hat. Diese — auch für das vertragliche Vorkaufsrecht ausgesprochene — Ansicht des Reichsgerichts erscheint gerade im Hinblick auf die Ziele des gesetzlichen Vorkaufsrechts des Miterben besonders gerechtfertigt.

Die Ausübungserklärung ist dem Verpflichteten gegenüber abzugeben.[2]) Verpflichtet ist, wie uns der vorige Paragraph zeigte, zunächst der verkaufende Miterbe. An ihn haben sich die Berechtigten zu wenden, ihm haben sie zu erklären, daß sie gewillt seien, das Vorkaufsrecht auszuüben. Allein dies gilt nur so lange, als der verpflichtete Miterbe seinen Anteil noch nicht gemäß § 2033 BGB. auf den Käufer übertragen hat. Von dem Augenblick der Übertragung an ändert sich die Rechtslage: das Vorkaufsrecht kann nicht mehr gegen den Veräußerer, sondern nur noch gegen den dritten Erwerber geltend gemacht werden. § 2035 Abs. 1 BGB. sagt nämlich: „Ist der verkaufte Anteil auf den Käufer übertragen, so können die Miterben das ihnen nach § 2034 dem Verkäufer gegenüber zustehende Vorkaufsrecht dem Käufer gegenüber ausüben. Dem Verkäufer gegenüber erlischt das Vorkaufsrecht mit der Übertragung des Anteils". Hat also der Miterbe seinen Anteil in einem Akt verkauft und übertragen, so ist er nur zur Mitteilung nach §§ 510 Abs. 1 u. 2035 Abs. 2 BGB., nicht aber zur Erfüllung weiterer Ansprüche des Berechtigten verpflichtet. Mit dem § 2035 Abs. 1 BGB. hat das Gesetz einen durchgreifenden Unterschied zu dem persönlichen Vorkaufsrecht geschaffen:

---

[1]) RG. in Seufferts Arch. Bd. 59 S. 354; ebenso OLG. Bd. 7 S. 37.
[2]) § 505 Abs. 1 Satz 1 BGB.

dieses ist nur dem Verkäufer gegenüber durchführbar, es geht im Augenblick der Eigentumsübertragung des Vorkaufsgegenstandes unter und nur ein Schadensersatzanspruch des Berechtigten an den Verpflichteten bleibt bestehen. Unser Vorkaufsrecht dagegen erlischt nicht mit der Übertragung des Erbteils, sondern kann, sofern nur die zweimonatige Frist gewahrt bleibt, dem dritten Erwerber gegenüber ausgeübt werden. Ja, das Gesetz geht noch weiter: § 2037 BGB.[1]) gestattet die Verwirklichung des Vorkaufsrechts auch jedem weiteren Erwerber des Erbteils gegenüber — immer natürlich innerhalb der nach obigen Angaben[2]) zu bemessenden Präklusivfrist —, und dabei ist es sogar ohne Belang, welcher Vertrag der weiteren Übertragung des Anteils zugrunde lag; ein Kaufvertrag ist also hier nicht vorausgesetzt.[3]) Hat demnach der Erwerber des Erbteils diesen einem andern gemäß § 2033 BGB. übertragen, so steht dem berechtigten Miterben, gleichviel aus welcher causa diese Übertragung erfolgte, das Recht zu, dem neuen Erwerber und jedem weiteren Inhaber gegenüber den Vorkauf zu betätigen, während gegen den jeweiligen Rechtsvorgänger ein Anspruch nur insoweit geltend gemacht werden kann, als er die auch ihn treffende Pflicht, die Übertragung des Erbteils anzuzeigen (§ 2037 mit § 2035 Abs. 2 BGB.), verletzt hat. Eine solche Anzeigepflicht besteht, solange das Vorkaufsrecht noch nicht durch Fristablauf oder aus anderen Gründen erloschen ist.

In den §§ 2035 u. 2037 BGB. offenbart sich die schon oftmals erwähnte besondere Kraft des gesetzlichen Vorkaufsrechts des Miterben, die im Anschluß an die Materialien des Bürgerlichen Gesetzbuchs von der einschlägigen Literatur gemeinhin als „dinglicher Charakter" bezeichnet wird. Auch in der vorliegenden Darstellung ist diese Bezeichnung beibehalten; es ist hier aber zu untersuchen, wie weit das Vorkaufsrecht des Miterben in der Tat die Charakterisierung als dingliches Recht verdient.

Für eine solche Untersuchung läßt sich, wie bereits erwähnt, aus dem dinglichen Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff. BGB.[4]) ein Anhaltspunkt nicht gewinnen. Auch eine Analogie mit dem Vorkaufs-

---

[1]) „Überträgt der Käufer den Anteil auf einen andern, so finden die Vorschriften der §§ 2033, 2035, 2036 entsprechende Anwendung."

[2]) s. S. 34 ff.

[3]) Hiervon wohl zu unterscheiden ist der obenerwähnte (S. 30 f.) Fall, daß der inzwischen endgültig in die Erbengemeinschaft eingetretene Erwerber des Erbteils diesen an einen Dritten weiterverkauft, wobei die Ausübung des Vorkaufsrechts von neuem unter den in § 5 geschilderten Voraussetzungen gestattet ist; hier dagegen gelangt das nämliche Vorkaufsrecht nur einem andern gegenüber und unter erleichterten Voraussetzungen zur Geltung.

[4]) Es mag dahingestellt bleiben, ob hier wirklich ein dingliches Recht vorliegt; vgl. Binder Bd. 3 S. 125 Anm. 124.

recht der Miteigentümer des preuß. Landrechts wird nicht zum Ziel führen, da unser Recht in der Wirkung des Vorkaufs dem dritten Käufer gegenüber erheblich von seinem Vorbild abweicht, dessen juristischer Charakter im übrigen auch bestritten ist. Es ist daher vom Begriff der „Dinglichkeit" eines Rechts auszugehen.

Dingliches Recht ist Recht an einer Seite: jeder Eingriff eines beliebigen Gegners kann fortgesetzt neue und verschiedenartige Ansprüche auslösen. Im Gegensatz hierzu ist das obligatorische Recht das Recht auf Leistung: Der Anspruch ist gegen eine festbestimmte Person und auf eine fest bestimmte Leistung gerichtet.

Das Vorkaufsrecht des Miterben läßt sich nun in keinen der beiden Begriffe einreihen. Im ersten Stadium steht es als „Rechtslage" überhaupt außerhalb dieser Begriffe. Nach dem Verkauf des Erbteils ist es inhaltlich auf eine bestimmte Leistung gerichtet, nämlich auf Übertragung des verkauften Erbteils gegen Bezahlung des Kaufpreises. Dies gilt sowohl bei Ausübung des Rechts dem verkaufenden Miterben wie dem Erwerber des Erbteils gegenüber.[1]) Nachdem aber der Anspruch auf diese Leistung von der Ausübung der durch den Verkauf des Erbteils entstandenen Befugnis abhängt, so liegt erst nach der Ausübungserklärung — also im dritten Stadium des Vorkaufsrechts — ein wirkliches Forderungsrecht im Sinne des Obligationenrechts vor.

Weiterhin ist das Vorkaufsrecht der Miterben vor seiner Ausübung nicht gegen eine festbestimmte Person gerichtet: je nachdem eine Übertragung des Erbteils erfolgte, ist es entweder gegen den Verkäufer oder gegen den Käufer bezw. den jeweiligen weiteren Erwerber des Erbteils durchführbar. Wird dadurch aber das Vorkaufsrecht des Miterben zu einem dinglichen Recht? Zweifellos nein. Denn erstens ist für die juristische Definition eines Rechts nicht sein Wirkungskreis, sondern sein Inhalt maßgebend. Zweitens kennt das Bürgerliche Gesetzbuch zwar Fälle, wo ausnahmsweise eine obligatorische Haftung auch auf einen Dritten erstreckt wird, lehnt dagegen „relativ dingliche" Rechte, d. h. solche, die ein subjektiv begrenztes Geltungsgebiet haben, grundsätzlich ab. Ein subjektiv begrenztes Geltungsgebiet liegt aber in unserem Falle vor, da das Vorkaufsrecht des Miterben nicht gegen jeden Dritten, sondern nur gegen bestimmte Dritte verwertet werden kann. Mit Recht ist von Binder[2]) ferner darauf hingewiesen worden, daß die Nachlaßverbindlichkeiten den Erwerber des Erbteils auch belasten, ohne dadurch zu dinglichen Rechten zu werden.

---

[1]) vgl. unten S. 41 ff.
[2]) Bd. 3 S. 124 Anm. 122.

Die Schwierigkeit, das Vorkaufsrecht des Miterben in dem hier in Betracht kommenden zweiten Stadium unter die „dinglichen“ oder „persönlichen“ Rechte einzureihen, wird behoben, wenn wir es wie oben S. 11 als „Gestaltungsrecht“ oder „Recht des Könnens“ auffassen, da die Gestaltungsrechte nach moderner Ansicht neben den subjektiven Rechten eine eigene Klasse bilden.[1] Wenn wir aber trotzdem den Ausdruck „dingliche Wirkung“ des Vorkaufsrechts zur Bezeichnung seiner Durchführbarkeit auch gegen den Erwerber des Erbteils beibehalten, so geschieht es deshalb, weil dieser Ausdruck in der Literatur eingebürgert ist, weiterhin die durch § 2035 BGB. gegebene Wirkung des Vorkaufsrechts historisch sich aus dem alten dinglichen Erbretrakt herleitet und endlich die Bezeichnung „dingliche Wirkung“ u. E. kaum die von Binder[2] befürchtete Verwechslung mit einem dinglichen Rechte herbeiführen wird.

Nur mit Zögern sind die Gesetzgeber an diese „dingliche“ Ausstattung des Vorkaufsrechts des Miterben herangegangen, da sie sich der mannigfachen hierin verborgenen Schwierigkeiten bewußt waren. Aber die Meinung in der 2. Kommission[3] ging übereinstimmend dahin, daß mit einem „obligatorischen“ Vorkaufsrecht nicht geholfen sei; denn da in den meisten Fällen die dingliche Übertragung des Anteils gleichzeitig mit dem Abschluß des obligatorischen Veräußerungsvertrags erfolgen werde, so sei der Vorkaufsberechtigte in der Regel auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Verpflichteten angewiesen, womit weder ihm gedient noch die allgemeinen Zwecke des Vorkaufsrechts erreicht würden; die dingliche Ausgestaltung des Rechts verspreche dagegen bessere Erfolge.

Nun wird allerdings der Fall, daß das Vorkaufsrecht vor Übertragung des Erbteils, also dem verkaufenden Miterben gegenüber, ausgeübt werden kann, kaum so selten sein, wie die 2. Kommission und mit ihr auch Hachenburg und Endemann meinen.[4] Zweifellos aber ist mit der vom Gesetz geschaffenen dinglichen Wirkung des Vorkaufsrechts allein die Gewähr gegeben, daß die ihm vorbehaltenen Aufgaben auch stets und vollständig erfüllt werden.

---

[1] vgl. Affolter S. 545 f., 585 und die bei ihm S. 610 Zitierten. Diese Auffassung vertritt jetzt auch Binder.

[2] a. a. O.

[3] Prot. Bd. 5 S. 840 f.

[4] Hachenburg S. 714; Endemann Bd. 3 S. 483; gegen sie Binder Bd. 3 S. 117 Anm. 104; Matthiaß Bd. 2 S. 546.

§ 8.

Wirkung der Ausübung des Vorkaufsrechts des Miterben.

„Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat." So sagt, die Wirkung der Ausübung des Vorkaufsrechts charakterisierend, der § 505 Abs. 2 BGB. Wir haben darauf auf S. 14 die Folgerung gezogen, daß zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem ein neuer selbständiger Kauf, der Vorkauf, zustande komme: Käufer (Vorkäufer) werden daher im Falle des § 2034 BGB. die das Vorkaufsrecht ausübenden Miterben, Verkäufer (Vorverkäufer) der verpflichtete Miterbe.

Gilt die Bestimmung des § 505 Abs. 2 BGB. aber auch dann, wenn das Vorkaufsrecht nach der Übertragung des Erbteils an den Käufer diesem oder einem weiteren Erwerber gegenüber durchgeführt wird? Kommt auch hier ein Kauf zur Entstehung und zwischen welchen Parteien?

Mit der Untersuchung dieser Fragen begeben wir uns von neuem auf ein äußerst bestrittenes Gebiet. Die Protokolle der 2. Kommission[1]) bieten uns nur wenig Aufschluß. Es war zwar ein Antrag gestellt worden, der die Folgen der Ausübung des Vorkaufsrechts überhaupt analog der Wirkung des Retrakts regeln sollte und lautete: „Verkauft ein Miterbe seinen Anteil ganz oder teilweise an einen Dritten, so hat jeder andere Miterbe, solange die Gemeinschaft besteht, das Recht zum Vorkaufe. Die Vorschriften der §§ 444—447[2]) finden keine Anwendung. Der Miterbe, welcher das Recht zum Vorkaufe ausübt, *tritt an die Stelle des Dritten*. Er hat ihm den Kaufpreis, soweit dieser schon berichtigt, zu erstatten". Allein dieser Antrag wurde abgelehnt, einesteils weil man Schwierigkeiten bezüglich der Schuldenhaftung befürchtete, andernteils weil er unentschieden lasse, wie der Verkäufer wegen des noch ausstehenden Kaufpreises gesichert werden solle, wenn der übertragene Erbteil in Gemäßheit des Retraktrechts auf den Berechtigten übergehe.[3])

---

[1]) Bd. 5 S. 840, 837.

[2]) Des 2. Entw.: jetzt §§ 510, 512, 513, 514 BGB.

[3]) Gegen einen weiteren ähnlichen Antrag in der 2. Kommission (Prot. Bd. 6 S. 318) wurden Bedenken anderer Art laut; man führte aus: „Die Folgen dieser Regelung würden sein, daß mit der Ausübung des Vorkaufsrechts die Verfügung hinfällig würde und der Käufer wegen seines gezahlten Kaufpreises nur an seinen

In der Literatur treffen wir bezüglich der Wirkung des Vorkaufsrechts dem Erwerber gegenüber die verschiedensten Ansichten. Planck nimmt in den ersten Auflagen seines Kommentars[1]) ebenso wie Dernburg[2]) an, daß mit der Ausübung des Vorkaufsrechts dem Erwerber gegenüber der übertragene Erbteil von selbst den Miterben zufällt, eine Zurückübertragung durch den Erwerber gemäß § 2033 BGB. also nicht notwendig ist. Dieser Darstellung Plancks schließt sich Kreß[3]) an. Ähnlich schildert Staudinger[4]) die Folgen der Vorkaufsbetätigung im Falle des § 2035 BGB., indem er zwar das Zustandekommen eines Kaufs zwischen den ausübenden Miterben und dem Erwerber befürwortet, aber eine Rückübertragung des Erbteils durch letzteren in der Form des § 2033 BGB. als unnötig darstellt. Noch schärfer vertritt Endemann[5]) diese Auffassung: durch die Erklärung der Miterben werde das erworbene Recht hinfällig; es sei kraft Gesetzes dem Retrakt unterworfen, in seiner Wirkung auflösend bedingt; einer erneuten Abtretung des erworbenen Erbteils seitens des Käufers an die Miterben bedürfe es nicht, noch weniger der Form nach § 2033 Abs. 1 BGB.

Gegen diese Ansichten wendet sich insbesondere Strohal;[6]) er macht geltend, es gehe doch unmöglich an, daß der Käufer des Anteils seines Rechts an diesem Anteil nach der Übertragung infolge der von den Miterben erklärten Ausübung des Vorkaufsrechts verlustig werde, obschon die ihm aus dem mit dem Miterben zustande gekommenen Kaufvertrag zustehenden Ansprüche unerfüllt

---

Verkäufer, der in der Regel nichts habe, nicht aber an die Miterben, welche den Anteil an sich ziehen, sich halten könnte". (Die Schlußbestimmung des obigen Antrags fehlte hier!) „Den Käufer so schlecht zu stellen, ist selbst beim dinglichen Vorkaufsrecht nicht für zulässig erachtet worden; die schlechte Stellung des Käufers würde zugleich die Folge haben, daß der Miterbe nur schwer einen Käufer findet. Findet er dennoch einen solchen, so zahlt dieser nicht, bevor die Miterben sich über die Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt haben. Der Miterbe braucht aber meistens sofort Geld, namentlich wenn er auswandern will; die andern Miterben können mit ihrer Erklärung 2 Monate weniger 1 Tag warten und diese Befugnis dazu benutzen, dem Miterben einen geringeren Preis aufzuzwängen."

[1]) 1. u. 2. Aufl. Bd. 5 S. 183.

[2]) Bd. 5 S. 548.

[3]) S. 190.

[4]) Bd. 5 S. 281.

[5]) Bd. 3 S. 483 Anm. 15; er spricht aber einige Zeilen später auch von einer „Rückübertragung" an die Miterben! Gegen ihn namentlich Binder Bd. 3 S. 117 Anm. 102, S. 119 Anm. 108; ähnlich wie Endemann auch Schmige S. 52. Immerwahr (S. 289) und Reuß (S. 27) wollen das Vorkaufsrecht des Miterben überhaupt als wirkliches Retraktrecht hinstellen; davon kann natürlich gleich gar keine Rede sein, wenn der Vorkauf nach § 2034 BGB. gegenüber dem verkaufenden Miterben geltend gemacht wird.

[6]) Bd. 2 S. 102 Anm. 24.

geblieben, ja nicht einmal sicher gestellt seien; auch sprächen die Eingangsworte des § 2036 BGB. gegen Plank. Strohal tritt dafür ein, daß durch Ausübung des Vorkaufsrechts auch dem Erwerber gegenüber nur ein Anspruch auf Übertragung des Erbteils erwachse, daß auch hier also ein Kauf mit dem Erwerber entstehe, und zwar unter denselben Bestimmungen, welche dieser mit dem Verkäufer verabredet hatte.

Den Standpunkt Strohals teilen Windscheid, Leske, Landsberg und Wilke.[1]) Zu ihm bekennt sich nunmehr auch der (von Strohal neuredigierte) Kommentar von Planck.[2]) In der interessanten Entscheidung v. 26. 9. 1904 ist ferner das Kammergericht[3]) diesem Standpunkt beigetreten, indem es die Ansicht vertritt, daß durch die Ausübung des Vorkaufsrechts der vorkaufsberechtigte Miterbe nicht schon den verkauften Erbteil, sondern nur das Recht auf dessen Übertragung erlange, daß also, falls der verkaufte Erbteil auf den Käufer bereits übertragen wurde, behufs Übergangs auf den Vorkaufsberechtigten noch eine Einigung zwischen diesem und dem Käufer erforderlich sei.

Eine weitere, allerdings unverständliche Ansicht vertritt Frommhold[4]): Nach ihm treten die den Vorkauf bewirkenden Miterben mit ihrer Erklärung ohne weiteres an die Stelle des Verkäufers in den Kaufvertag mit dem Dritten ein; es würden dadurch die ausübenden Miterben Verkäufer des Erbteils, also eines Rechts, das sie gar nicht haben, sondern erst als Käufer erlangen wollen. Borcherdt[5]) sieht die Wirkung der Ausübung des Vorkaufsrechts dem Erwerber gegenüber darin, daß dieser die bei der Teilung auf den verkauften Anteil entfallenden Nachlaßbestandteile auf die Miterben (durch Übertragung beweglicher, Auflassung unbeweglicher Gegenstände, Abtretung von Forderungen) zurückübertragen muß. Mit der Natur des Erbteilskaufs ist diese Konstruktion aber unvereinbar. Binder[6]) endlich kommt nach eingehenden, auf das preuß. Landrecht gestützten Untersuchungen dahin, daß ein gesetzliches Forderungsrecht des vorkaufenden Miterben gegen den Erwerber vorliege, nähert sich also der Ansicht Strohals.

Unserer Meinung nach ist bei unbefangener Prüfung des Gesetzestextes nur die von Strohal vertretene Auffassung auf-

[1]) Windscheid Bd. 3 S. 541; Leske (2. Abt.) S. 1115; Landsberg S. 1183; Wilke Bd. 5 S. 100.
[2]) 3. Aufl. Bd. 5 S. 257.
[3]) OLG. Bd. 9 S. 388.
[4]) S. 90.
[5]) S. 178.
[6]) Bd. 3 S. 121 ff., insbesondere Anm. 122.

rechtzuerhalten. § 2035 BGB. sagt ausdrücklich, daß im Falle einer stattgehabten Übertragung die Miterben „das ihnen nach § 2034 dem Verkäufer gegenüber zustehende Vorkaufsrecht dem Käufer gegenüber ausüben" können. Das nach § 2034 BGB. dem Verkäufer gegenüber geltend gemachte Recht hat aber nach § 505 Abs. 2 BGB. die obenerwähnte Wirkung, daß ein Kauf zwischen dem verkaufenden und dem berechtigten Miterben zustande kommt; wenn nun nach § 2035 BGB. ein Recht mit derselben Wirkung auch dem Erwerber gegenüber ausgeübt werden kann, so wird man dies nur dahin verstehen dürfen, daß ein Kauf zwischen dem Erwerber und dem Berechtigten durch die Betätigung des Vorkaufsrechts entsteht.

Unser Ergebnis ist daher folgendes: Die Wirkung der Ausübung des Vorkaufsrechts ist die, daß ein Kauf zustande kommt, bei dem als Käufer (Vorkäufer) die ausübenden Miterben, als Verkäufer (Vorverkäufer) aber *vor* erfolgter Übertragung des Erbteils der verkaufende Miterbe, *nach* der Übertragung der Käufer bezw. weitere Erwerber auftreten; Gegenstand dieses Kaufs (Vorkaufs) ist der Erbteil des veräußernden Miterben; die Obligationen des Vorkaufs sind dieselben, wie sie der zwischen dem verkaufenden Miterben und dem dritten Käufer geschlossene Vertrag enthielt.[1])

Durch dieses Ergebnis wird einesteils dem Erwerber des Erbteils die Befugnis gewährt und gesichert, sich wegen des Kaufpreises an die den Vorkauf betätigenden Miterben zu halten,[2]) und damit die Bedenken der 2. Kommission[3]) vermieden; anderenteils bleibt das Rechtsverhältnis zwischen dem verkaufenden Miterben und dem Käufer unberührt.[4]) Es wird dadurch die Umlauffähigkeit des Erbteils nicht allzusehr erschwert,[5]) der Zweck des Vorkaufsrechts aber bleibt gewahrt.

Im einzelnen äußert sich die Wirkung des Vorkaufs[6]) folgendermaßen: Der *Vorverkäufer* (d. h. entweder der veräußernde Miterbe oder der Erwerber des Erbteils) wird verpflichtet, den Erbteil auf die ausübenden Miterben zu übertragen. Da

---

[1]) Daß das Wort „Kauf" hier in demselben erweiterten Sinne aufzufassen ist wie auf S. 22 f., ist nach dem dort Gesagten selbstverständlich; liegt z. B. ein Tausch der Geltendmachung des Vorkaufs zugrunde, so entsteht eben wiederum ein Tausch (Vortausch) zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem.

[2]) vgl. § 320 BGB.

[3]) s. oben S. 41 Anm. 3.

[4]) vgl. *Binder* Bd. 3 S. 122; *Planck* Bd. 5 S. 949.

[5]) Ähnlich wie durch § 1108 BGB. beim dinglichen Vorkaufsrecht; vgl. *Staudinger* Bd. 5 S. 281 f.

[6]) Wie weit in dem Vorkauf die Bestimmungen des Erbschaftskaufs hereinspielen, wird unten S. 48 ff. kurz zu erörtern sein.

zu einer solchen Übertragung gemäß obiger Darstellung stets ein dinglicher Vertrag nach § 2033 BGB. nötig ist, so geht die Verpflichtung des Vorverkäufers speziell dahin, zu der dinglichen Übertragung des Anteils auf die Vorkäufer seine Einwilligung in der Form des § 2033 BGB. zu geben. Gerät der Vorverkäufer nach der Ausübung des Vorkaufsrechts, aber bevor er seiner Verpflichtung gemäß den Erbteil übertragen hat, in Konkurs, so werden wir folgerichtig mit Binder[1]) annehmen müssen, daß der Vorkäufer nicht Aussonderung des Erbteils verlangen kann. Die Erfüllung des Vorkaufs wird sich vielmehr nach § 17 KO. regeln; haben die ausübenden Miterben den Kaufpreis bereits bezahlt, so können sie ihren Anspruch auf Übertragung des Anteils nur als Konkursforderung geltend machen.

Der Vorkäufer (d. h. die ausübende Erbengemeinschaft) muß seinerseits alle jene Verbindlichkeiten erfüllen, die der Käufer in dem Vertrag mit dem Verpflichteten auf sich genommen hat, es seien denn unwesentliche Nebenleistungen, deren Erfüllung ihm unmöglich ist und die nicht in Geld abschätzbar sind (§ 507 BGB.). Ist der Erbteil in einem Mengekauf[2]) veräußert worden, so hat der Vorkäufer einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten; eine Pflicht, alle Gegenstände des Mengekaufs zu übernehmen und dementsprechend den Gesamtpreis voll zu bezahlen, besteht für den Vorkäufer nur dann, wenn der Erbteil nicht ohne Nachteil für den Vorverkäufer von den übrigen Gegenständen getrennt werden kann,[3]) ein Recht auf Ausdehnung des Kaufes auf sämtliche Gegenstände besteht nicht (§ 508 BGB.). Ist der Erbteil in einem Freundschaftskauf[4]) veräußert, so obliegen u. E. dem Vorkäufer nur die Verpflichtungen, die der Käufer gegenüber dem veräußernden Miterben zu erfüllen hatte; die von Dernburg[5]) vertretene Ansicht, daß der Vorkäufer, in dessen Person die Motive zur Preisherabsetzung nicht vorliegen, zuzahlen müsse, kann für das Bürgerliche Gesetzbuch, das dem Motiv des Handelns keine rechtliche Bedeutung beimißt, nicht in Betracht kommen.[6]) Wird das Vorkaufsrecht von mehreren Mit-

---

[1]) Bd. 3 S. 124 f.; and. M. seinen Standpunkt konsequent durchführend Endemann Bd. 3 S. 483 Anm. 15.

[2]) s. oben S. 19.

[3]) Hat sich der Berechtigte in Kenntnis des Gesamtpreises für die Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt, so kann er auf Grund des Verlangens auf Ausdehnung des Kaufs nicht mehr vom Vorkaufe zurücktreten; vgl. Planck Bd. 2 S. 417; Crome Bd. 2 S. 497; Schmige S. 18; and. M. Enneccerus-Lehmann Bd. 1 S. 621.

[4]) s. oben S. 20.

[5]) Bd. 2 2. Abt. S. 110; ebenso Crome Bd. 2 S. 500; Schmige S. 14.

[6]) So auch Planck Bd. 2 S. 415; Katz S. 54.

erben ausgeübt, so haften sie hinsichtlich des Kaufpreises als Gesamtschuldner.[1]) Eine dem Käufer gewährte Stundung darf der Vorkäufer für sich nur dann in Anspruch nehmen, wenn er für den gestundeten Betrag Sicherheit leistet (§ 509 Abs. 1 BGB.); eine solche Sicherheitsleistung hat nach den §§ 232—240 BGB. zu erfolgen.

Im übrigen spielt das Rechtsverhältnis zwischen dem Käufer und dem Verpflichteten für den zwischen Vorkäufer und Vorverkäufer neuentstehenden Kauf keine Rolle; insbesondere gehen Einreden oder Gewährleistungsansprüche aus der Person des Käufers auf den Vorkäufer nicht über.

Da es sich hierbei vielmehr lediglich um Rechte und Pflichten zwischen dem Vorkäufer und dem Vorverkäufer handelt, so ergibt sich, daß eine nachträgliche Vereinbarung anderweitiger Kaufsbedingungen zwischen ihnen möglich ist;[2]) vor Ausübung des Vorkaufsrechts können aber die von dem Vorkäufer zu bewirkenden Leistungen rechtsgeschäftlich nicht geändert werden, da es sich um zwingendes Recht handelt.[3])

Der Vertrag zwischen dem veräußernden Miterben und dem dritten Käufer wird, soweit nicht eine Vereinbarung nach § 506 BGB. vorliegt, durch die Betätigung des Vorkaufs nicht etwa rechtlich unwirksam. Hatte der veräußernde Miterbe den Anteil auf den Käufer noch nicht übertragen, so macht die Ausübung des Vorkaufsrechts allerdings die Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Leistung unmöglich: er verliert daher den Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises; den etwa schon gezahlten Kaufpreis kann der Käufer auf Grund der Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern (§§ 323 Abs. 1 und 3, 812 ff. BGB.). Hatte der Verkäufer dagegen den Erbteil übertragen, so bleibt der Erwerber auch nach Eintritt des Vorkaufs zur Gegenleistung verpflichtet. In keinem der beiden Fälle kann der Käufer Schadensersatz verlangen oder ein Rücktrittsrecht geltend machen, da die Unmöglichkeit der Leistung bezw. die mit dem Erbteil übergegangene Vorkaufsverpflichtung auf einem kraft Gesetzes vorhandenen Umstand beruht, dessen Vorhandensein der Käufer kennen mußte und den der Verkäufer nicht zu vertreten hat.[4]) Nur in dem Falle, daß der verkaufende Miterbe in dem

---

[1]) vgl. § 427 BGB.; Planck Bd. 5 S. 256; Staudinger Bd. 5 S. 281; Kreß S. 189; Strohal Bd. 2 S. 101 f.; unter sich allerdings nach Verhältnis ihrer Anteile.

[2]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 347. Die Form des § 2371 BGB. wird aber hierbei gewahrt werden müssen; and. M. Borcherdt S. 178.

[3]) vgl. Immerwahr S. 332.

[4]) vgl. hierzu die Begründung Binders Bd. 3 S. 122, besonders Anm. 118 sowie die dort Zitierten; ferner Kreß S. 190.

Veräußerungsvertrag ausdrücklich dafür dem Käufer haftet, daß die berechtigten Miterben den Vorkauf nicht betätigen würden, wird der Käufer Ersatz des Schadens verlangen oder vom Vertrag zurücktreten können (§§ 325 Abs. 1, 434, 440 Abs. 1 BGB.).

Mit der Übertragung des Erbteils an den Vorkäufer ist das Ziel des Vorkaufsrechts erreicht: der Dritte, dessen Eindringen in die Erbengemeinschaft vermieden werden sollte, ist endgültig verdrängt, seine Mitberechtigung am Gesamthandvermögen bezw. seine Anwartschaft hierauf erloschen und der Anteil den berechtigten Miterben zugefallen. Es erübrigt an dieser Stelle, noch die Wirkungen zu verfolgen, welche die Übertragung des Erbteils auf die Rechtsstellung des Vorkäufers einerseits und auf die Haftung des übertragenden Miterben oder Erwerbers für die Nachlaßverbindlichkeiten andererseits ausübt.

Mit der Übertragung des Erbteils erlangt der Vorkäufer die Rechtsstellung des aus der Erbengemeinschaft ausgeschiedenen Miterben.[1]) Sind *mehrere* Miterben als Vorkäufer aufgetreten, so fällt ihnen der übertragene Erbteil nach Maßgabe ihrer Anteile zu, wie sie auch unter sich zur Zahlung des Kaufpreises im Verhältnis ihrer Anteile beizutragen haben. Ist beispielsweise X von A zu $^2/_3$, von B zu $^1/_6$, von C und D zu je $^1/_{12}$ beerbt worden und ist der Erbteil des A ($^2/_3$ der Erbschaft) der Gegenstand des Vorkaufs, den B und C betätigen, während D auf die Ausübung des Vorkaufsrechts rechtsverbindlich verzichtet hat, so erhalten: B $^2/_3$, C $^1/_3$ des vorgekauften und übertragenen Erbteils, und es steht die Erbschaft des X den Miterben jetzt folgendermaßen zu: dem B zu $(^1/_6 + ^2/_3 \cdot ^2/_3) = ^{11}/_{18}$, dem C zu $(^1/_{12} + ^1/_3 \cdot ^2/_3) = ^{11}/_{36}$, dem D zu $^1/_{12}$. Zu dem an den Vorverkäufer zu bezahlenden Kaufpreis hat B $^2/_3$, C $^1/_3$ beizusteuern.[2]) Natürlich können die Vorkäufer

---

[1]) S. oben S. 18 Anm. 1. Die von *Planck* (Bd. 5 S. 932 f.) und *Strohal* (Bd. 2 S. 97 Anm. 20) im Gegensatz zu *Staudinger* (Bd. 5 S. 277), *Endemann* (Bd. 3 S. 362 f.), *Frommhold* (S. 88) und *Binder* (Bd. 3 S. 91 ff.) aufgestellte These, daß der Käufer des Erbteils durch die Übertragung nicht selbst Miterbe werde, sondern nur die Mitberechtigung des Übertragenden am Gesamthandvermögen erlange, wofür übrigens auch das bayer. ObLG. (in OLG. Bd. 10 S. 229) im Gegensatz zu EJG. (Bd. 3 S. 229) eintritt, erscheint uns nicht klärend zu wirken. Allerdings wird der Erwerber nicht in jeder Beziehung Miterbe, allein gerade der § 2373 BGB., auf den sich die genannte Unterscheidung hauptsächlich stützt, zeigt als Ausnahme, daß im allgemeinen der Erwerber des Erbteils die Rechtsstellung des übertragenden Miterben einnimmt. Wir haben diese Ansicht bereits oben (S. 31 Anm. 1) vertreten und finden sie in den überzeugenden Ausführungen *Binders* (Bd. 3 S. 98 ff.) bestätigt.

[2]) vgl. *Planck* Bd. 5 S. 256. Die Verweisung *Plancks* auf die §§ 1935, 2095 BGB. dürfte angebracht sein; danach sind die durch Geltendmachung des Vorkaufs den Anteilen der ausübenden Miterben anwachsenden Bruchteile in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen sowie der Ausgleichungspflicht als „besondere Erbteile" anzusehen. So auch *Binder* Bd. 3 S. 126; vgl. Prot. Bd. 6 S. 318.

durch Vertrag das Anwachsen des übertragenen Erbteils zu ihren Anteilen und dementsprechend die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises unter sich in anderer Weise regeln; es ist aber hierzu die Form des § 2033 BGB. erforderlich, da es sich auch hier um dingliche Verfügung über einen Miterbenanteil handelt.

Die Übertragung eines Erbteils oder mehrerer Erbteile auf Grund des Vorkaufsrechts kann zur Folge haben, daß sich alle Anteile am Gesamthandvermögen in der Person des vorkaufenden Miterben vereinigen. Dem Erwerber steht in diesem Falle die Stellung eines Alleinerben zu, soweit nicht die Belastung eines der vereinigten Erbteile mit einem Nießbrauch oder Pfandrecht eine Trennung derselben erforderlich macht.[1]) Demgemäß werden wir annehmen müssen, daß der zum Alleinerben gewordene Miterbe weder bezüglich der ganzen Erbschaft noch bezüglich der ehemaligen Bruchteile eine dingliche Verfügung treffen, sondern sich nur obligatorisch verpflichten kann.

Gewisse Modifikationen ergeben sich für die Rechtsstellung des Vorkäufers, die sich im allgemeinen natürlich nach den Regeln über den „Kauf" bemißt, auch nach der Übertragung des Erbteils auf ihn durch die in den §§ 2371—2385 BGB. enthaltenen Vorschriften über den „Erbschaftskauf". Die Regeln über den Erbschaftskauf finden, wie in der Literatur fast allgemein anerkannt wird und auch von uns bereits hervorgehoben wurde, auf den Kauf und damit auch auf den Vorkauf eines Erbteils sinngemäße Anwendung; sie greifen aber in die durch den Kauf (Vorkauf) eines Erbteils entstehenden Rechtsverhältnisse da nicht ein, wo der grundlegende, leider vom Gesetz nicht genügend präzisierte Unterschied zwischen dem Kauf einer ganzen Erbschaft und dem Kauf eines Miterbenanteils eine juristische Sonderstellung des letzteren bedingt. Diesen Unterschied haben wir dahin gekennzeichnet, daß der verkaufende Alleinerbe verpflichtet ist, durch Singularsukzession das Eigentum an den einzelnen Stücken des Nachlasses zu verschaffen, der verkaufende Miterbe dagegen verpflichtet ist, seinen Erbteil als Ganzes, d. h. seine Miterbenstellung, zu übertragen;[2]) sie greifen weiterhin als dispositive Rechtsvorschriften

---

[1]) vgl. Strohal Bd. 2 S. 99; Binder Bd. 3 S. 100 f.

[2]) Im einzelnen besteht über die Anwendbarkeit der §§ 2371 ff. BGB. auf den Erbteilskauf Streit. Gegner sind namentlich Planck (Bd. 5 S. 932 sub 4 sowie Erl. zu §§ 2371 ff.) und Binder (Bd. 3 S. 98 ff.). Letzterer hat u. E. in konsequenter Durchführung des Gedankens, daß die Vorschriften der §§ 2371 ff. von der Annahme der Unmöglichkeit einer Universalsukzession beherrscht sind, den richtigeren Weg eingeschlagen. Vgl. weiterhin Prot. Bd. 5 S. 837 ff.; die bei Binder Bd. 3 S. 98 Anm. 37 Zitierten; Erdmann S. 24 ff.; Engelmann S. 828, der die Regeln über den Erbschaftskauf nur dann auf den Kauf von

in den Vorkauf nur insoweit ein, als weder in dem Vertrag zwischen dem verpflichteten Miterben und dem Käufer noch nachträglich zwischen dem Vorkäufer und dem Vorverkäufer anderslautende Vereinbarungen getroffen wurden. Es seien daher nur in Kürze die einschlagenden Bestimmungen des Erbschaftskaufes angeführt, und zwar hauptsächlich von dem Gesichtspunkte heraus, ihren Einfluß auf die Rechtsstellung des Vorkäufers nach Übertragung des Erbteils auf ihn zu betrachten.

Die Form des § 2371 BGB. ist für das Zustandekommen des Vorkaufs, der durch formlose Willenserklärung in Erscheinung gesetzt wird, nicht erforderlich. § 2372 BGB. zeigt uns, daß mit der Ausübung des Vorkaufsrechts die Vorteile, welche sich aus dem Wegfall eines Vermächtnisses oder einer Auflage ergeben, dem Vorkäufer gebühren;[1]) ist der Erbteil auf den Vorkäufer übertragen, so ergibt sich aus dem Umstand, daß dadurch der Vorkäufer unmittelbar oder mittelbar Rechtsnachfolger des verkaufenden Miterben wird, die Vorschrift des § 2372 BGB. von selbst.[2]) Eine besonders interessante Bestimmung enthält § 2373 BGB., dessen erster Satz lautet: „Ein Erbteil, der dem Verkäufer nach dem Abschlusse des Kaufs durch Nacherbfolge oder infolge des Wegfalls eines Miterben anfällt, sowie ein dem Verkäufer zugewendetes Vorausvermächtnis, ist im Zweifel nicht als mitverkauft anzusehen". Wir entnehmen hieraus eine wichtige Einschränkung der Rechtsstellung des Vorkäufers: Da der Vorkäufer wie jeder Käufer mit der Übertragung des Erbteils an Stelle des Übertragenden in die Erbengemeinschaft einrückt und andererseits ein Anteil, der einem Erben infolge Wegfalls eines Miterben anfällt, nur in bezug auf die Vermächtnisse und Auflagen als besonderer Erbteil gilt (§ 2095 BGB.), so könnte man annehmen, daß eine Vergrößerung des übertragenen Erbteils durch Anwachsung nur mehr dem Vorkäufer zustatten kommen könne; das Gesetz aber will diese Frage sowohl vor wie nach der Übertragung nach Maßgabe des Parteiwillens und im Zweifel zuungunsten des Käufers (Vorkäufers) geregelt wissen; dementsprechend wird der Vorkäufer, soweit keine anderslautende Parteivereinbarung Platz greift, auch mit der Übertragung des vorgekauften Erbteils nicht berechtigt, nachträgliche Anwachsungen auf den Erbteil für sich in Anspruch zu nehmen, während der durch den Vorkauf aus der Erbengemein-

---

Erbteilen angewendet wissen will, wenn eine Teilung der Nachlaßgegenstände bereits erfolgt ist.

[1]) Die vom Gesetz noch erwähnten Vorteile aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben kommen dem Vorkäufer als Miterben ohnehin zugute; vgl. Schmige S. 35.

[2]) vgl. Binder Bd. 3 S. 103.

schaft ausgeschiedene Miterbe durch eine spätere Akkreszenz wieder in den Gesamthandverband eintritt. Der zweite Satz des § 2373 BGB. kommt für den Kauf und damit den Vorkauf eines Erbteils nicht in Betracht, da es sich hier um einzelne Stücke des Nachlasses handelt, während Gegenstand unseres Rechtsverhältnisses der Erbteil als ganzes ist. Aus demselben Grunde ist die Anwendbarkeit der §§ 2374, 2375 BGB. zu verneinen. Wenn Kreß und Schmige[1]) meinen, man könne die genannten Gesetzesstellen anziehen, wenn die Miterben vor der endgültigen Auseinandersetzung Nachlaßsachen geteilt haben, so ist dagegen einzuwenden, daß sich das Vorkaufsrecht in diesem Falle nur mehr auf den Anteil am ungeteilten Nachlaß bezieht, ein Vorkauf der verteilten Gegenstände daher nicht stattfinden kann.[2]) Eine Haftung des Vorverkäufers nach § 2376 BGB. ist, insoweit sie sich auf das Bestehen des Erbrechts bezieht, kaum denkbar, da ein Vorkauf nur dann betätigt werden kann, wenn eben ein Erbrecht dem veräußernden Miterben zukam;[3]) dagegen haftet der Vorverkäufer dafür, daß sein Erbrecht nicht durch Rechte Dritter belastet ist; praktisch wird auch dieser Fall selten zur Anwendung gelangen, da die vorkaufenden Miterben derartige Mängel meist kennen werden, ihre Kenntnis aber eine Haftung des Vorverkäufers nach § 439 Abs. 1 BGB. ausschließt. Für Sachmängel haftet natürlich der Vorverkäufer entsprechend dem Wesen des Erbteilskaufs überhaupt nicht. § 2377 BGB. kommt nicht in Anwendung, weil eine Konfusion oder Konsolidation, solange die — nur gemeinsame Rechte an den einzelnen Bestandteilen des Nachlasses enthaltende — Erbengemeinschaft besteht, nicht möglich ist.[4]) Ebensowenig Geltung kann dem § 2378 Abs. 1 BGB. beigemessen werden, da der Vorverkäufer, wie wir sehen werden, mit der Übertragung des Erbteils auf den Vorkäufer aufhört, für die Nachlaßverbindlichkeiten zu haften, der Vorkäufer von diesem Augenblick an daher zwar den Nachlaßgläubigern, aber nicht mehr dem Vorverkäufer zur Tilgung der Nachlaßschulden verpflichtet ist. § 2378 Abs. 2 BGB. ist wieder anwendbar: der Vorkäufer hat dem Vor-

---

[1]) Kreß S. 177; Schmige S. 35 f.

[2]) s. oben S. 19.

[3]) Es kommt hier höchstens eine Haftung dafür in Betracht, daß der verkaufende Miterbe nicht durch nachträgliche Anfechtungsklage nach §§ 2339, 2342 BGB. für erbunwürdig erklärt wird; mit der Durchführung einer solchen Anfechtungsklage gilt der Erbfall an den Erbunwürdigen als nicht erfolgt (§ 2344 BGB.); es steht daher der Erbteil dem Erwerber (Vorkäufer) nicht zu, weil er in die Rechtsstellung des Veräußerers eintritt (zu demselben Resultat kommt Strohal Bd. 2 S. 98 Anm. 28 sub 5).

[4]) vgl. Planck Bd. 5 S. 249, 947; Kreß S. 179 Anm. 10; and. M. Binder Bd. 2 S. 102, Bd. 3 S. 107.

verkäufer, falls dieser vor der Ausübung des Vorkaufsrechts Nachlaßverbindlichkeiten erfüllt hat, Ersatz zu leisten.[1]) § 2379 BGB. kann deshalb nicht Platz greifen, weil bei dem Kauf eines Erbteils, richtiger Ansicht nach, der Wille der Parteien dahin interpretiert werden muß, daß die Nutzungen und Lasten vom Augenblick des Erbfalls an als mitverkauft anzusehen sind und demnach den Vorkäufer im Zweifel auch die vor Ausübung des Vorkaufsrechts anfallenden Nutzungen und Lasten des Erbteils treffen.[2]) Dagegen gilt § 2380 BGB., der abweichend von § 446 BGB. bestimmt, daß der Käufer (Vorkäufer) von dem Abschluß des Kaufes an die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände zu tragen habe, auch für Kauf und Vorkauf eines Erbteils; warum aber, wie Binder[3]) meint, eine anderweitige Regelung des Gefahrenübergangs durch Parteiabmachung unmöglich sein soll, ist u. E. nicht ersichtlich. Daß von dem Zeitpunkte des Vorkaufs Nutzungen und Lasten auf Rechnung des Vorkäufers fallen, wie aus dem zweiten Satz des § 2380 BGB. zu entnehmen ist, versteht sich nach dem zu § 2379 BGB. Gesagten von selbst. In welcher Weise notwendige und andere Verwendungen, die vor Ausübung des Vorkaufsrechts auf den Erbteil gemacht wurden, mangels näherer Vereinbarung vom Vorkäufer zu ersetzen sind, regelt endlich § 2381 BGB.

Mit den §§ 2382 ff. BGB. treten wir an die Beantwortung der Frage heran, welchen Einfluß die Übertragung des Erbteils auf den Vorkäufer auf die Haftung des verpflichteten Miterben und des Käufers für die Nachlaßverbindlichkeiten hat. Es sei eine kleine Abschweifung vom eigentlichen Thema gestattet!

Für die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten haften die Miterben als Gesamtschuldner (§ 2058 BGB.); sie haften bis zur Teilung des Nachlasses[4]) nur mit dem Nachlasse, d. h. jeder Mit-

---

[1]) vgl. Binder Bd. 3 S. 126 Anm. 133.

[2]) vgl. Planck Bd. 5 S. 950; Binder Bd. 3 S. 107 f. Der Vorkäufer hat daher die Erbschaftssteuer zu tragen; nicht hierher fallen die für Vermittlung des Erbteilskaufs etwa fällige Provision sowie die Kosten der Übertragung nach § 2033 BGB.; erstere hat mangels näherer Vereinbarung der veräußernde Miterbe, letztere Vorkäufer und Vorverkäufer gemeinsam zu tragen. Vgl. Planck Bd. 2 S. 353.

[3]) Bd. 3 S 108.

[4]) Hierzu Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 3 S. 240: „Teilung einzelner Nachlaßgegenstände ist noch keine Teilung des Nachlasses; Vollziehung der Teilung ist aber allerdings anzunehmen, wenn einzelne Nachlaßstücke aus besonderen Gründen noch im Miteigentum der Erben unverteilt bleiben". Letzternfalls werden wir aber die Möglichkeit eines Kaufs und damit eines Vorkaufs des „Erbteils" verneinen müssen (der auf S. 19 zu Anm. 4 erwähnte Fall ist nicht als gegeben anzunehmen!), so

erbe kann sein eigenes Vermögen dem Zugriff der Nachlaßgläubiger entziehen, soweit er nicht die „beschränkte" Haftung (§§ 1975—1992 BGB.) durch Versäumung der Inventarfrist oder Errichtung eines falschen Inventars gemäß §§ 1994 ff. BGB. verloren hat; ist dies letztere der Fall, so haftet er unbeschränkt mit seinem Vermögen, aber nur für den seinem Anteil entsprechenden Teil der Nachlaßschulden (§ 2059 BGB.). Neben der beschränkten Haftung[1]) ist der Miterbe ferner den Nachlaßgläubigern gegenüber verantwortlich, wenn er an der Verwaltung des Nachlasses vor Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses nicht mit der erforderlichen Sorgfalt teilgenommen, oder wenn er nicht unverzüglich, nachdem er von der Überschuldung des Nachlasses Kenntnis erhalten hat, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt hat (§§ 1978—1980 BGB.).

Verkauft nun ein Miterbe seinen Anteil, so entsteht die Frage, ob hierbei die §§ 2382 ff. BGB. Anwendung finden können, die als zwingendes Recht die Bestimmung aufstellen, daß der Käufer der ganzen Erbschaft vom Abschluß des Kaufes an den Nachlaßgläubigern unbeschadet der fortdauernden Haftung des Verkäufers wie dieser haftet. Die Frage ist u. E. mit Entschiedenheit zu verneinen. Bestimmend für die Einführung des § 2382 BGB. war der Gedanke, daß die Lage der Nachlaßgläubiger durch die Veräußerung der Erbschaft nicht verschlechtert werden dürfe. „In erster Linie komme es auf das Interesse des Gläubiger an; dieses müsse dem Interesse des Käufers, der sich bewußt bleiben müsse, daß der Erbschaftskauf ein gewagtes Geschäft sei, vorgehen", sagen ausdrücklich die Protokolle der 2. Kommission.[2]) In der Tat ist es beim Kauf einer ganzen Erbschaft, dessen Gegenstand nicht das Erbrecht des Alleinerben, sondern die einzelnen Nachlaßstücke bilden, im Interesse der Gläubiger geboten, den Käufer ebenso wie den Verkäufer[3]) vom Augenblick des Kaufabschlusses an beschränkt oder unbeschränkt haftbar zu machen, da die Gläubiger — zunächst wenigstens — auf den Nachlaß angewiesen sind, der Verkauf der Erbschaft aber ihnen die Ungewißheit auferlegt, in wessen Eigentum gerade die Nachlaßgegenstände sich befinden. Anders beim Kauf eines Erbteils. Hier werden nicht Erbschaftsgegenstände, die nach wie vor der Verfügung eines einzelnen

---

daß die Haftung der Miterben nach der Teilung für unser Thema nicht in Betracht kommen kann.

[1]) Die unbeschränkte Haftung reserviert die Haftung aus der Nachlaßverwaltung; vgl. Binder Bd. 3 S. 128.

[2]) Bd. 2 S. 127; ähnliche Mot. Bd. 2 S. 362.

[3]) In eine Verpflichtung des Verkäufers nach §§ 1978 ff. BGB. tritt natürlich der Erbschaftskäufer nicht ein.

entzogen sind, sondern es wird die Rechtsstellung eines Miterben verkauft; zudem hat das Gesetz eine Scheidung durchgeführt, die ebenso jede Ungewißheit der Gläubiger ausschließen, wie sie dem Erbteilskauf den Charakter eines gewagten Geschäfts nehmen muß. Diese Scheidung liegt in der dinglichen Übertragung des Erbteils nach § 2033 BGB.; *vor* der Übertragung ist nur der Veräußerer, *nach* der Übertragung nur der Erwerber des Erbteils Inhaber der Miterbenstellung; folglich können die Vorschriften der §§ 2058 ff. BGB. vor der Übertragung nur für den Veräußerer, nach der Übertragung nur für den Erwerber Geltung haben, folglich muß auch durch die Übertragung die Haftung des Veräußerers und des Erwerbers scharf getrennt werden: Soweit die Haftung des Veräußerers sich nur auf den Erbteil erstreckt, also *beschränkt* ist, haftet vor der Übertragung nur er, nach der Übertragung nur der Erwerber. Der Nachlaßgläubiger wird dadurch nicht geschädigt, weil der Erbteil, ob dem Veräußerer, ob dem Erwerber zustehend, immer ein gleichwertiges und ungetrenntes Objekt der Befriedigung für die Nachlaßschulden bleibt;[1] zudem ist für Schädigungen durch Verwaltungshandlungen nach §§ 1978 ff. BGB. natürlich immer der Schädigende verantwortlich. Die Annahme, daß der Käufer des Erbteils nach §§ 2382 ff. BGB. schon vor der Übertragung für die Nachlaßverbindlichkeiten hafte, ist in diesem Falle schon deshalb unverständlich, weil er mit einem Objekt haften würde, das ihm gar nicht zusteht. War die Haftung des Veräußeres aber eine *unbeschränkte*, so haftet von der Übertragung des Erbteils an der Erwerber mit diesem, während der Veräußerer in Ansehung des seinem früheren Erbteil entsprechenden Teiles der Verbindlichkeit mit seinem Vermögen verhaftet bleibt.[2] Auch hierdurch entsteht dem Gläubiger kein Nachteil, aber auch keine so grundlose Begünstigung, als wenn der Erwerber ebenfalls unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen in die Haftung des

---

[1] Mit Rücksicht auf das Interesse der Nachlaßgläubiger ist nach § 2384 BGB. der *Erbschaftsverkäufer* verpflichtet, dem Nachlaßgläubiger Mitteilung vom Abschluß des Veräußerungvertrags zu machen; diese Verpflichtung wird für den Fall des *Erbteils*kaufs so zu verstehen sein, daß der Verkäufer den Gläubigern die Übertragung des Anteils anzuzeigen hat; denn erst von diesem Moment an kann dem Gläubiger ein Interesse an der Kenntnis des Kaufs zuerkannt werden; so *Planck* Bd. 5 zu § 2384; *Binder* Bd. 3 S. 109 hält den § 2384 in Ansehung des Erbteilskaufs für unanwendbar.

[2] In diesem Sinne glauben wir auch die Ansicht der Mot. (Bd. 2 S. 363): „Insowett zur Zeit des Erbschaftskaufs das Inventarrecht des Verkäufers allen oder einzelnen Gläubigern gegenüber verloren war, kann auch die hieraus für die betreffenden Gläubiger gewonnene Rechtslage diesen durch den Abschluß des Erbschaftskaufs nicht mehr entzogen werden" für den Fall des Erbteilskaufs auslegen zu dürfen.

Verkäufers eintreten würde. — Eine entsprechende Rechtslage ergibt sich, wenn der Erwerber den Erbteil weiter überträgt: derjenige, dem der Erbteil jeweils übertragen ist, haftet für die Nachlaßschulden mit diesem, wer die Beschränkung der Haftung verloren hat, haftet daneben mit seinem Vermögen, wer durch Verwaltungshandlungen die Nachlaßgläubiger geschädigt hat, haftet für diese Schädigungen.[1])

Wenden wir das so gewonnene Resultat auf unser Thema an, so ergibt sich: Wird das Vorkaufsrecht gegenüber dem verpflichteten Miterben betätigt, so haftet bis zur Übertragung des Erbteils auf den Vorkäufer nur der Vorverkäufer (beschränkt oder unbeschränkt); eine Haftung des dritten Käufers tritt nie,[2]) eine Haftung des Vorverkäufers erst mit der Übertragung ein: der beschränkt haftende Vorverkäufer wird mit der Übertragung frei, hat aber für Verschulden gemäß §§ 1978 ff. BGB. einzustehen, der unbeschränkt haftende bleibt mit seinem Vermögen gemäß § 2059 Abs. 1 Satz 2 BGB. verhaftet.

Gelten die oben entwickelten Grundsätze aber auch dann, wenn das Vorkaufsrecht gegenüber dem dritten Käufer oder einem weiteren Erwerber ausgeübt wird? Für diesen Fall hat der Gesetzgeber eine besondere Regelung für nötig erachtet; § 2036 BGB. bestimmt nämlich: „Mit der Übertragung des Anteils auf die Miterben wird der Käufer von der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten frei. Seine Haftung bleibt jedoch bestehen, soweit er den Nachlaßgläubigern nach den §§ 1978—1980 verantwortlich ist; die Vorschriften der §§ 1990, 1991 finden entsprechende Anwendung", und nach § 2037 BGB. gilt diese Vorschrift auch für jeden weiteren Erwerber des Anteils.

Fast möchte es scheinen, als ob die Bestimmung des § 2036 BGB. danach angetan wäre, die oben aufgestellten allgemeinen Grundzüge der Haftung eines Erbteilskäufers umzuwerfen. Denn folgende Schlußfolgerung drängt sich auf: In § 2036 BGB. soll dem Erwerber des Erbteils, dem gegenüber der Vorkauf betätigt wird, eine außergewöhnliche Befreiung von der Schuldenhaftung vom Augenblick der Rückübertragung des Erbteils an zuteil werden; da aber § 2036 BGB. nichts anderes enthält, als nach dem oben Angegebenen von selbst sich verstände, so kann eine solche allgemeine Regelung der Haftung des Erbteilskäufers im

[1]) Das im Text Vorgetragene wird von der herrschenden Meinung nicht anerkannt, die sich für die Anwendbarkeit der §§ 2382 ff BGB. für den Erbteilskauf ausspricht; so Planck Bd. 5 S. 952; Staudinger Bd. 5 S. 282; Strohal Bd. 2 S. 368 f.; Kreß S. 179; Hachenburg S. 714; Erdmann S. 29 f.; Schmige S. 43 f.; im wesentlichen wie oben nur Binder Bd. 3 S. 100, 102 ff.

[2]) Da ihm der Erbteil nicht übertragen wurde.

Geiste des § 2036 BGB. nicht richtig sein. Dem ist aber nicht so, da aus § 2036 BGB. eine wichtige Sonderbestimmung für den durch die Übertragung des Erbteils auf den Vorkäufer wieder aus der Erbengemeinschaft verdrängten Erwerber zu entnehmen ist: während nämlich sonst der Verkäufer eines Erbteils, sobald er die beschränkte Haftung verwirkt hat, auch nach Übertragung des Erbteils noch mit seinem Vermögen für den entsprechenden Teil der Nachlaßschulden haftet, wird der vorverkaufende Erwerber mit der Übertragung des Erbteils auf den Vorkäufer von jeder, auch der unbeschränkten Haftung frei.[1] Im übrigen aber bietet der § 2036 BGB. uns nur bekannte Grundsätze: der Vorverkäufer bleibt also so weit verpflichtet, als er nach §§ 1978—1980 BGB. den Gläubigern verantwortlich ist; derjenige, durch dessen Hände der Erbteil vorher gegangen ist, haftet nur, falls die unbeschränkte Haftung oder die Verpflichtung nach §§ 1978 ff. BGB. ihn trifft. Die Verweisung des § 2036 BGB. auf die §§ 1990, 1991 BGB. hat u. E. zu bedeuten, daß der rückübertragende Erwerber die Verantwortlichkeit der §§ 1978—1980 BGB. nicht nur im Falle einer Nachlaßverwaltung oder eines Nachlaßkonkurses, sondern auch dann hat, wenn die Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung eines Nachlaßkonkurses mangels einer den Kosten des Verfahrens entsprechenden Masse nicht stattfindet oder wieder rückgängig gemacht wird.[2]

§ 9.

Endigung des Vorkaufsrechts des Miterben.

Das Vorkaufsrecht des Miterben kann in der Weise endigen, daß seine Geltendmachung für alle Zukunft unmöglich wird; es kann aber auch nur für einen bestimmten Fall oder einen bestimmten Berechtigten erlöschen, um dann bei neuen Voraussetzungen wieder zu neuem Leben zu erwachen. Wollen wir das Erlöschen im ersteren Falle ein absolutes, in letzterem Falle ein relatives nennen.

Eine absolute Endigung des Vorkaufsrechts tritt ein, wenn eine vollständige Auseinandersetzung unter den Miterben erfolgt

---

[1]) So auch Planck Bd. 5 S. 257; Strohal Bd. 2 S. 370 Anm. 8; Kreß S. 191; Erdmann S. 33; and. M. allerdings Binder Bd. 3 S. 128.

[2]) In diesem Sinne deuten Staudinger Bd. 5 S. 282; Hachenburg S. 714; Kreß S. 191; Planck Bd. 5 S. 258 diese unklare Verweisung; anders Strohal Bd. 2 S. 370 Anm. 9; Erdmann S. 30 ff.; Weißler S. 383. Binder (Bd. 3 S. 128 ff.) hält sie nach längerer Ausführung für praktisch bedeutungslos.

ist (§ 2037 Abs. 2 mit §§ 2034 ff. BGB.). Die Auseinandersetzung ist vollendet, wenn nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten und nach Ausgleichung unter den Miterben wegen Vorempfänge oder sonstiger Beschwerungen eine Teilung aller Nachlaßwerte vorgenommen ist. Eine Aufteilung einzelner Nachlaßgegenstände zerstört weder die Erbengemeinschaft[1]) noch das sie schützende Vorkaufsrecht; dagegen hat eine „Teilung des Nachlasses" im Sinne der §§ 2059 ff. BGB., d. h. eine Aufteilung der Nachlaßwerte *ohne* vorherige Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten und der Ausgleichungen, ebenfalls das Ende des Vorkaufsrechts zur Folge, auch wenn aus besonderen Gründen einzelne Gegenstände, z. B. Familienpapiere, im Gesamthandverbande verbleiben.[2]) Das Vorkaufsrecht endet weiterhin absolut, wenn die Erbengemeinschaft aus anderen Gründen als wegen erfolgter Teilung zu bestehen aufhört; denn mit dem Erlöschen der Erbengemeinschaft fallen die Begriffe „Miterben" und „Anteil" und damit die Voraussetzungen des § 2034 BGB. weg. Ein solches Untergehen der Erbengemeinschaft und des Vorkaufsrechts tritt ein, wenn der Nachlaß wegfällt oder die Gesamtberechtigung sich in der Person eines Miterben, der dann die Stellung eines Alleinerben einnimmt, vereinigt oder an Stelle der Erbengemeinschaft ein anderes Rechtsverhältnis, z. B. ein Gesellschaftsverhältnis tritt.[3])

Ein absolutes Erlöschen des Vorkaufsrechts birgt ferner der Verzicht sämtlicher Berechtigter, sofern er nicht auf einen bestimmten Fall beschränkt ist. Dieser Verzicht muß rechtswirksam und vor der Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt sein. Nach der Ausübung ist ein einseitiger Verzicht unmöglich, da mit der Ausübung ein Kauf zustande gekommen ist; dagegen können natürlich durch beiderseitige Vereinbarung die aus dem Vorkauf entspringenden Ansprüche aufgehoben werden.

Liegt der Verzicht nur *eines* Berechtigten oder sämtlicher Berechtigten für *einen* Verkaufsfall vor, so erlischt damit das Vorkaufsrecht nur relativ, d. h. nur für den verzichtenden Berechtigten oder für den betreffenden Verkaufsfall. Für die anderen Miterben oder bei neuen Voraussetzungen steht seiner Geltendmachung nichts im Wege. Dasselbe gilt, wenn die Betätigung des Vorkaufes durch Versäumung der zweimonatlichen Präklusivfrist

---

[1]) So die herrschende Meinung; and. M. *Binder* Bd. 3 S. 230 f., der schon in diesem Falle eine „Teilung des Nachlasses" und damit eine Zertrümmerung der Erbengemeinschaft annimmt.

[2]) vgl. oben S. 51 Anm. 4; ferner *Kreß* S. 29 Anm. 9 und die dort Zitierten.

[3]) vgl. *Kreß* S. 24 ff.; teilweise abweichend *Binder* Bd. 3 S. 221 ff., insbesondere S. 225 f.

unmöglich wird; auch hier bleibt für den bezw. die Versäumenden die Rechtslage bestehen und gewährt die Ausübungsbefugnis beim Gegebensein neuer Voraussetzungen. Wird die nach den §§ 510 Abs. 1, 2035 Abs. 2 u. 2037 BGB. vorgeschriebene Mitteilung weder vom verpflichteten Verkäufer noch vom Käufer oder dem weiteren Erwerber gemacht, so kann der Lauf der zweimonatlichen Frist nicht beginnen; auch tritt in diesem Fall keine Verjährung des Vorkaufsrechts ein, da mit dem Verkauf des Anteils an den Dritten noch kein „Anspruch" des Berechtigten vorliegt (§ 194 Abs. 1 BGB.).[1]) Als relatives Erlöschen des Vorkaufsrechts ist endlich noch anzusehen, wenn seine Verwirklichung dadurch vereitelt wird, daß die Voraussetzungen seiner Ausübung nicht insgesamt gegeben sind, also z. B. der Veräußerungsvertrag nicht Kauf oder kaufähnlich oder mit einem Miterben geschlossen oder durch den Konkursverwalter erfolgt ist. Auch hier kein Untergang des Vorkaufsrechts für immer, sondern nur Erlöschen für diesen einen Fall.

[1]) s. oben S. 11 sowie die auf S. 9 Zeile 16 ff. Zitierten; ist dagegen das Vorkaufsrecht ausgeübt, so unterliegt der Anspruch des Vorkäufers auf Übertragung des Erbteils der regelmäßigen, also 30jährigen Verjährungsfrist (§§ 190, 194 Abs. 1 BGB.).

Vierter Abschnitt.

§ 10.

Durchführung des Vorkaufsrechts des Miterben im Prozesse.

Nachdem wir in obiger Darstellung ausgehend von dem Zweck und Wesen des dem Miterben gegebenen Vorkaufsrechts seine Voraussetzungen, seine Ausübung und deren Wirkung, sowie seine Endigung geprüft haben, seien zum Schluß noch einige Bemerkungen bezüglich seiner prozessualen Durchführung gemacht.

Der richtige Kläger ist der Vorkäufer. Treten mehrere Miterben als Vorkäufer auf, so entsteht unter ihnen eine notwendige Streitgenossenschaft;[1]) §§ 62 u. 472 ZPO. finden daher Anwendung.

Richtiger Beklagter ist vor der Übertragung des Erbteils auf den Käufer der verpflichtete Miterbe, nach der Übertragung der Käufer (Erwerber) bezw. im Falle des § 2037 BGB. der jeweilig letzte Inhaber der Miterbenstellung.

Das Klagebegehren ist auf Übertragung des vorgekauften Anteils gerichtet;[2]) da, wie erwähnt, zur Übertragung ein dinglicher Vertrag erforderlich ist, so wird das Petitum lauten: Beklagter ist schuldig, in die Übertragung des ihm zustehenden Anteils an der Erbschaft des X an den Klageteil einzuwilligen. Dies gilt jedoch unbeschränkt nur dann, wenn der Kläger die aus dem Vorkauf ihn treffenden Verpflichtungen bereits erfüllt hat, oder wenn er zur Nachleistung berechtigt ist; andernfalls kann, da der Vorkauf nach den Regeln des Kaufs, also wie ein gegenseitiger Vertrag zu beurteilen ist, der Klaganspruch nur auf Verurteilung des Beklagten zur Einwilligung Zug um Zug gerichtet werden (§§ 320, 322 Abs. 1 BGB.).

---

[1]) vgl. Gaupp-Stein Bd. 1 S. 185 zu § 62 sub 2b; Staudinger Bd. 5 S. 275.

[2]) Nach Endemann (Bd. 3 S. 483 Anm. 15) macht die Klage geltend, daß der verkaufte und übertragene Erbteil an die Erbengemeinschaft durch rechtzeitige Ausübung des Vorkaufsrechts zurückgefallen sei; vgl. hierzu oben S. 42 zu Anm. 5.

Den Kläger trifft die Beweislast, daß die Voraussetzungen, von denen die Verwirklichung des Vorkaufsrechts abhängt, sämtlich eingetreten sind; er hat demnach im Bestreitungsfalle insbesondere den Beweis zu führen, daß der Veräußerungsvertrag ein Kauf oder kaufähnlich war, daß er vollständig abgeschlossen und rechtswirksam[1]) war; er hat ferner nötigenfalls zu beweisen, daß andere Miterben, die als Kläger nicht auftreten, ihr Recht durch Verzicht verloren haben oder nicht ausüben wollen.[2])

Charakteristische Einreden des Beklagten werden sein: der Fristablauf des § 2034 Abs. 2 Satz 1 BGB.; der Verkauf des Erbteils im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter oder an einen gesetzlichen Erben mit Rücksicht auf dessen künftiges Erbrecht oder Unfähigkeit des Klägers zur Leistung der vereinbarten erheblichen und nicht in Geld abschätzbaren Nebenleistungen.

Durch ein rechtskräftiges Urteil im Sinne des Klagantrags gilt die Willenserklärung des Beklagten als abgegeben: es wird dadurch der Übertragungsakt ersetzt. Soweit eine Verurteilung des Beklagten zur Einwilligung Zug um Zug erfolgte, tritt diese Wirkung erst ein, sobald eine vollstreckbare Ausfertigung des Urteils (auf Anordnung des Vorsitzenden) erteilt ist, für die der Beweis, daß der Beklagte befriedigt oder im Verzug der Annahme ist, erfordert wird.[3])

In beiden Fällen ist damit das Ziel des Vorkaufsrechts im Prozeßwege erreicht.

Neben dem auf Übertragung des Erbteils gerichteten Anspruch können aber die Berechtigten auch einen Schadensersatzanspruch gegen den verkaufenden Miterben und im Falle des § 2037 BGB. gegen den Erwerber geltend machen, falls diese (bezw. ihre Rechtsnachfolger) nicht unverzüglich Kenntnis vom Verkauf und der Übertragung gegeben haben.[4]) Aus dem auf S. 34 Z. 17 ff. angegebenen Grunde wird jedoch ein Schaden nur in dem Grade entstehen, als bei unverzüglicher Mitteilung die Durchführung des Vorkaufs

---

[1]) In dem auf S. 27 unten angeführten Falle nur, daß die Übertragung nicht rückgängig gemacht wurde.

[2]) vgl. § 513 BGB.; Aron S. 655.

[3]) vgl. §§ 894 mit 726 Abs. 2, 765 ZPO.; Gaupp-Stein Bd. 2 S. 752 sub IV.

[4]) §§ 510 Abs. 1, 2035 Abs. 2, 286 Abs. 1, 249 ff. BGB.; Jäger (S. 4) und Katz (S. 70) glauben, daß in dem Falle des Unterlassens dieser Mitteilung der Klaganspruch des Berechtigten zunächst auf „Mitteilung" erhoben werden müßte. Zweifellos könnte der Berechtigte Klage auf Mitteilung stellen. Er muß und wird es aber nicht tun, da er ja auch ohne Mitteiluug den Vorkauf betätigen kann und damit den Anspruch auf Übertragung erhält, dessen gerichtliche Durchführung viel rascher zum Ziele führt.

weniger Aufwand erfordert hätte; nur diesen Schaden kann daher der Vorkäufer ersetzt verlangen.

Ein Fall ist allerdings denkbar, bei dem der Berechtigte nur Schadensersatzanspruch — wenn auch aus anderem Rechtsgrund —, dagegen nicht mehr Übertragung des Erbteils beanspruchen kann; hat nämlich der Berechtigte den Vorkauf betätigt und überträgt nun der Verpflichtete nach Ablauf der Präklusivfrist den Anteil statt auf den Vorkäufer auf einen andern, so ist das Vorkaufsrecht vereitelt: dem nunmehrigen Erwerber des Erbteils gegenüber wird das Vorkaufsrecht wegen Fristablaufs nicht mehr geltend gemacht werden können;[1]) ein Anspruch und damit eine Klage gegen den vertragsbrüchigen Verpflichteten kann daher nur auf Schadensersatz dafür lauten, daß der Vorkauf wegen einer vom Verpflichteten verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung nicht zur Erfüllung gelangte (§ 325 BGB.).

Planck[2]) führt hierzu mit Recht aus: „Dem Grundgedanken des Retraktrechts würde es entsprechen, daß die Vorkaufsberechtigten bei solcher Rechtslage trotzdem auf Übertragung des Anteils durch den Vorkaufsverpflichteten und auf Zustimmung des Erwerbers, dessen Erwerb sich damit praktisch als unwirksam erwiese, zu dieser Übertragung bestehen könnten (Strohal Bd. 2 § 64 Anm. 26); allein das Gesetz hat diese Konsequenz nicht gezogen, und es dürfte bedenklich sein, sie ohne jeden Anhalt am Gesetz lediglich auf dem Wege freier Konstruktion trotzdem zu ziehen".

---

[1]) vgl. oben S. 35 unten.
[2]) Bd. 5 S. 259.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.